



OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS TECNOLOGIAS DA COMUNICAÇÃO E INFORMAÇÃO: GRUPOS DE TRABALHO DO WHATSAPP

FUNDAMENTAL RIGHTS AND COMMUNICATION AND INFORMATION TECHNOLOGIES: WHATSAPP WORKING GROUPS

Maria Cláudia Felten

Doutoranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul – UCS. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural – IDC. Especialista em Responsabilidade Civil e Contratos pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Coordenadora da Pós-Graduação *Lato Sensu* no Direito da Faculdade Meridional S/A – IMED, em Porto Alegre/RS.

Editor Científico:

Prof. Dr. Guilherme Amorim Campos da Silva

DOI: 10.5585/rtj.v6i1.589

Submissão: 16/04/17.

Aprovação: 25/03/17.

RESUMO

As tecnologias da comunicação e informação revolucionam as vidas das pessoas e estão sempre sendo reinventadas. A comunicação permite a conexão através de várias tecnologias (celular, e-mail, WhatsApp etc.) e essa combinada com a tecnologia da informação permite que a notícia circule o mundo e chegue instantaneamente a todos. Os contratos de trabalho sempre tiveram estreita relação com as tecnologias, pois facilitam a comunicação entre empregado e empregador. Uma nova ferramenta que vem revolucionando as relações de emprego são os grupos de trabalho do WhatsApp, que pela ausência de regulamentação, invadem a vida privada do trabalhador, causando problemas no convívio familiar, na saúde e intimidade, retirando o direito ao lazer, pois promovem a hiperconexão do trabalhador com seu contrato de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Tecnologia da comunicação. Tecnologia da informação.

ABSTRACT

Communication and information technologies revolutionize people's lives and are always being reinvented. Communication allows the connection through various technologies (cell, email, WhatsApp etc.) and this combined with information technology allows the news to circulate the world and arrive instantly at all. Work contracts have always been closely related to the technologies, since they facilitate communication between employee and employer. A new tool that has

revolutionized employment relations are WhatsApp working groups, which by the absence of regulation, invade the worker's private life, causing problems in family life, health and intimacy, withdrawing the right to leisure, as they promote The hyperconnection of the worker with his work contract.

KEYWORDS: Fundamental rights. Communication technology. Technology of information.

INTRODUÇÃO

A tecnologia sempre esteve presente na vida dos trabalhadores e das empresas, trazendo mais benefícios do que malefícios. As tecnologias da comunicação e da informação cada dia apresentam novas ferramentas, fazendo com que as leis não consigam acompanhar direitos que podem ser violados, através do mau uso dessas.

O telefone celular é uma tecnologia que abrevia distâncias, tempo e permite que as pessoas se comuniquem em qualquer lugar, a qualquer hora. Logo, é uma ferramenta que incrementa as relações de trabalho, auxiliando no processo produtivo das empresas, de forma mais ágil e mais barata.

Contudo, o telefone celular permite que o empregador contate o empregado mesmo após a jornada de trabalho, pois o trabalhador hoje é um ser conectado ao mundo globalizado, é um cibertrabalhador, que tem celular e internet, e faz uso dele sempre que lhe convém.

Uma nova ferramenta que veio facilitar ainda mais a comunicação via telefone celular foram os grupos do WhatsApp, que logo permitiu que o empregador criasse a figura dos “grupos de trabalho do WhatsApp”. O mau uso destes pelos empregadores causa a hiperconexão do trabalhador e viola os direitos fundamentais a privacidade, ao lazer, ao repouso e a saúde, pois o empregado permanece conectado com seu contrato de trabalho 24hs por dia, sábados, domingos e feriados

1 AS TECNOLOGIAS DA COMUNICAÇÃO E INFORMAÇÃO E OS CONTRATOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO

A tecnologia e os contratos individuais de trabalho sempre tiveram estreita relação, prova é que as primeiras leis trabalhistas surgiram para regulamentar as consequências malélicas do ingresso das máquinas aos meios ambientes de trabalho, na Revolução Industrial¹. O embate da

¹ A Revolução Industrial foi de 1930 a 1956.

máquina com a mão de obra humana é desleal, uma vez que aquela não reivindica, quando estraga é substituída por outra sem que tenha que ser indenizada e, principalmente, não há limite de horas para operar. Neste contexto, o surgimento nas fábricas causou desemprego, jornadas de trabalho exaustivas e precariedade no ambiente laboral.

Primeiro, a tecnologia adentrou as indústrias, mas como o capitalismo é flexível e rápido, está sempre em busca de novos horizontes que lhe gerem o lucro. Assim, a tecnologia chegou à comunicação e na informação. Foi onde abreviou espaço e o uso efetivo do tempo. As eficiências da velocidade foram conduzidas no contexto de um mercado livre que era pouco regulado e onde o poder das forças de mercado era relativamente desenfreado e, portanto, imprevisível. (HASSAN, 2008, pp. 38-39)

Trata-se da Revolução Informacional, cujo trabalhador é o do conhecimento, que tem como cenário o domínio da tecnologia da informação e a necessidade de aceleração das inovações tecnológicas. (FINCATO, 2006, p. 46)

O trabalho e a tecnologia são vidas que se entrecruzam. A tecnologia atrela-se ao trabalho para facilitar e otimizar o fazer humano e, com isto, economizar tempo e esforço humano. Sem dúvidas, é via tecnologia que os grandes saltos e rupturas do desenvolvimento se processam. É observar as grandes invenções (escrita, eletricidade, telefone) e verificar o que lhes sobreveio no campo do trabalho. A evolução tecnológica traz consigo a necessidade e o implemento de novos processos produtivos e a necessidade de mais especialização e/ou capacitação de parte dos trabalhadores. (FINCATO, 2014, pp. 9-12)

Algumas tecnologias da comunicação, especialmente telefone celular, e-mail e WhatsApp², revolucionaram a vida da humanidade. Com o ingresso destas tecnologias, nunca as pessoas se comunicaram tanto, mas também nunca o homem esteve tão só, distraído com as novidades destas ferramentas. Elas encurtam distâncias na comunicação e no acesso à informação, seja no âmbito profissional, econômico, social e pessoal.

Com as facilidades de comunicação e circulação da informação, a economia se tornou global, o que faz com que haja uma necessidade do mercado de trabalho e mão de obra ser globais (CASTELLS, 2001, p. 313-314). Ou seja, o trabalhador precisa estar conectado com o mundo.

² WhatsApp é um software utilizado para troca de mensagens de texto instantaneamente, vídeos, fotos e áudios, através de uma conexão à internet. O Whatsapp foi lançado em 2009, pelo Yahoo, atualmente seu proprietário é o Facebook. Sua sede é em Santa Clara, na Califórnia, Estados Unidos.

O ambiente virtual proporciona a interconexão, as comunidades e a inteligência coletiva. Da primeira surgem os cruzamentos de pessoas e informações disponíveis na rede, da junção dessas surge a noção de comunidade e através da troca de informações e saberes, criam uma inteligência coletiva, formando uma espécie de motor tecnocultural auto-organizado. A cibercultura surge através da interação social, decorrente da massificação da informática ocorrida através das redes telemáticas mundiais. O princípio fundamental da cibercultura é a liberação da palavra que permite o consumo, a produção e a distribuição de informação. (LEMOS; LEVY, 2010, pp. 19-25)

Os meios de comunicação geram um sentimento de liberdade individual, de que todo cidadão é cidadão do mundo. Contudo, o que muitos acessam é a comunicação de massa, com pouco nível cultural, que não apresenta um grande nível de intelectualidade (BECKER, 2009, p. 139). O conteúdo do que cada trabalhador acessa vai além do contrato de trabalho, mas certamente influenciará no seu crescimento profissional.

Mas o certo é que as empresas encontraram um grande aliado nas tecnologias, para manter-se permanentemente em comunicação com o seu empregado e exigir que este esteja sempre informado. Elas, através do telefone celular e internet, obtêm esta conexão gratuitamente e de forma instantânea lançam todo tipo de informação.

Com as novas tecnologias da comunicação e informação, os assalariados poderão ver invadida sua esfera individual e privada se não forem estabelecidos pactos que impeçam as chefias da empresa de se converterem no vigilante de seu pequeno mundo (CEBRIAN, 1999, p. 109). É incontestável que hoje todo trabalhador tem telefone celular, acesso à internet e faz uso das novas tecnologias com facilidade. Ele é um cibertrabalhador.

1.1 O Trabalhador no Mundo Internauta: Intelectualizado ou Vulnerável

O artigo 3º da CLT ao dispor acerca do conceito de empregado, diz que ele é o dependente (subordinado) do seu empregador. A alegada dependência deve ser relativizada, pois da entrada em vigor da CLT transcorreram oitenta anos e as tecnologias da comunicação e informação mudaram profundamente o perfil do trabalhador brasileiro, uma vez que ajudaram no desenvolvimento da sua personalidade e autonomia. O empregado segue sendo um dependente econômico, e na medida em que tem a necessidade de abrir mão de suas horas de lazer para prestar serviços a alguém, é porque, de algum modo, depende do salário para sua sobrevivência.

Todavia, a subordinação jurídica recebeu novas acepções, pois com as tecnologias o trabalhador passou a ser controlado de forma diferente e não ser mais dependente de que alguém ensine o seu ofício. A prova é a redação do parágrafo único do artigo 6º da CLT³, acrescido através da Lei nº 12.551/2011: *Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.*

A dependência do empregado, pelo menos a jurídica, deve ser relativizada, uma vez que a cibercultura permite que a personalidade do trabalhador se desenvolva de forma mais rápida e autônoma. Ele se tornou um cidadão global, onde a informação não tem fronteiras. Com as tecnologias da comunicação, o empregado desenvolveu sua capacidade cognitiva, de modo que o empregador dá as ordens por e-mail, telefone, WhatsApp e mensagem eletrônica. Até porque muitas vezes o trabalho é prestado fora da sede do empregador, num ambiente virtual que pode ser até mesmo no domicílio do empregado.

O inconveniente destas transformações é a hiperconexão do empregado que pode ocorrer, uma vez que os meios telemáticos e informatizados de comando ocorrem 24 horas por dia (envio de e-mail e mensagens). Sendo que, em alguns casos, o empregado é cobrado para que esteja a par de todas as informações lançadas, seja no seu horário de trabalho ou não. Ou seja, está permanentemente conectado ao contrato de trabalho, pois quando inicia sua jornada de trabalho já precisa ter conhecimento do que foi lhe enviado por e-mail e WhatsApp.

Há quem defenda uma intervenção direta e indireta para garantir uma proteção socioambiental, cultural e econômica, evitando as consequências negativas dos sistemas tecnológicos hipertrofiados frente às sociedades (MOLINARO, 2014, p. 39). Não tem razão para impedir que o empregador utilizasse estas ferramentas, pois tornam mais dinâmico o processo produtivo. Incumbe ao Estado regulamentar o uso das novas ferramentas, para que direitos fundamentais do trabalhador não sejam violados, ou será o Poder Judiciário trabalhista quem definirá os limites desta conexão.

Segundo Maurício Godinho Delgado (2012, p. 299), o parágrafo único do artigo 6º da CLT adéqua o conceito jurídico de subordinação à nova realidade social, pois reconhece como meios de fiscalização os meios telemáticos e informatizados, influenciando nos contratos de trabalho que fazem uso das novas tecnologias. Foi relativizada a utilidade de fórmulas jurídicas restritivas de direitos sociais e fundamentais, garantindo o caráter modernizante e progressista do Direito do Trabalho.

³ Art. 6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Portanto, incumbe ao trabalhador se intelectualizar, para que possa melhor se proteger da vulnerabilidade a que possa ser submetido quando do uso das novas tecnologias da comunicação e informação nos contratos de trabalho, pois podem surgir novas formas de restrição de direitos fundamentais.

1.2 A Contratação dos Grupos de Trabalho do WhatsApp

O WhatsApp tem revolucionado o mundo globalizado, por ser uma forma gratuita e rápida de comunicação, através do telefone celular. É possível trocar mensagens de texto, vídeos, fotos, etc., em fração de segundos.

O empregador encontrou no WhatsApp a ferramenta ideal para comunicar-se com seus empregados, sem custo, quer seja durante a jornada de trabalho, quer não. Comumente os empregadores criam os grupos de trabalho no Whatsapp, onde dezenas ou centenas de mensagens são disparadas diariamente, inclusive aos domingos e feriados, 24 horas por dia.

As novas tecnologias de comunicação derrubam as barreiras temporais por conta da instantaneidade, que permite o acompanhamento simultâneo dos acontecimentos, diálogos em tempo real e diminuição em minutos ou, até, segundos de respostas. Na verdade, as pessoas moldam a tecnologia para adaptá-las às suas necessidades. (CASTELLS, 2001, p. 445-449)

Nos grupos de trabalho do WhatsApp, o empregado é cobrado sobre o conhecimento do conteúdo das mensagens, sendo que é possível o empregador fiscalizar se o empregado está visualizando as suas mensagens. Outro aspecto, é que há uma discriminação velada quando não se participa das conversas do grupo ou quando se faz comentários que desagradam o empregador.

A tecnologia da informação e comunicação, quando conjugada ao trabalho nos padrões do capitalismo a todo custo, ao invés de permitir ao ser humano a ampliação de sua gama de conhecimentos e relacionamentos, leva à hiperconexão, modalidade neoescravista, que além de gerar o adoecimento psíquico não por acaso tem redundado em condenações judiciais por danos existenciais. (FINCATO, 2014, p. 15)

A hiperconexão gera prejuízos a sua vida pessoal, ao seu convívio familiar e social, a sua saúde mental, pois está sempre “conectado” ao seu contrato de trabalho.

1.2.1 A Imprescindibilidade do Consentimento

O contrato de trabalho é um acordo bilateral entre empregado e empregador. Portanto, é uma relação jurídica que precisa ser consentida. Nesse ínterim, é preciso fazer duas distinções quanto ao uso das tecnologias da comunicação e informação nos contratos de trabalho. Quando o empregador fornece para o empregado e a utiliza dentro do horário de trabalho não há problema e, a princípio, sequer precisaria do consentimento, uma vez que é ferramenta de trabalho.

Todavia, necessário se fazer a ponderação quando se trata de ferramentas que são utilizadas fora do horário de trabalho ou, pior, quando são utilizadas fora do horário e de forma coletiva. Os grupos de trabalho do WhatsApp possuem características que chamam a atenção se confrontadas com as regras e princípios de proteção do trabalhador, insculpidos na Constituição Federal.

Os grupos do WhatsApp são uma forma de comunicação coletiva adotada pelo empregador que expõe todos os empregados, como é ferramenta de comunicação pressupõe que deva ocorrer uma interação.

Logo, o empregado precisa consentir em participar do grupo e não, simplesmente, ser adicionado a ele, que é como normalmente ocorre. O consentimento é fruto da democracia, em que as pessoas têm o direito de participar ou não das redes e mídias sociais. Em razão da importância do consentimento, tramita o Projeto de Lei nº 347/2016⁴, que pretende alterar o Marco Civil da Internet⁵ para incluir, ao artigo 11, a letra “a”, que prevê a necessidade de prévio consentimento do usuário nos processos de cadastramento e envio de convites para participação em redes e mídias sociais, bem como em seus respectivos grupos, páginas, comunidades e similares.

Em relação ao uso do aparelho do telefone celular, o Poder Judiciário trabalhista gaúcho tem condenado o empregador a pagar indenização pelo uso do aparelho do empregado. A indenização somente não é devida quando foi pago aluguel e houve ressarcimento das despesas pelo uso⁶. Portanto, o empregador, além do consentimento, teria que pagar aluguel pelo aparelho, sem falar da questão envolvendo o labor extraordinário.

⁴ De autoria da Senadora Vanessa Graziottin.

⁵ Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.

⁶ Recurso Ordinário nº 0021248.53.2014.5.04.0015, da 6ª Turma do TRT4, Redator Desembargador Raul Zoratto Sanvicente, julgado em 24/06/2016. Recurso Ordinário nº 0001025.12.2014.5.04.0102, da 11ª Turma do TRT4, Redatora Desembargadora Maria Helena Lisot, julgado em 04.02.2016. Recurso Ordinário nº 0000896.14.2012.5.04.0381, da 5ª Turma do TRT4, Redatora Desembargadora Berenice Messias Corrêa, julgado em 05.05.5016.

1.3 O que é Tempo à Disposição?

O tempo de trabalho pode ser visto como um dos bens sociais mais fundamentais. O trabalhar não é só o desincumbir-se de uma obrigação, mas também o exercício de um direito fundamental, não podendo servir somente aos interesses do empregador, sem conexão com as demais dimensões da vida do trabalhador e com a própria complexidade do trabalhar. O tempo de trabalho nunca deixa de ser tempo de vida do trabalhador, a partir da integração da corporalidade no processo de produção material e imaterial, em vários aspectos. (WANDELLI, 2012, pp. 324-325)

A compreensão do tempo de trabalho como tempo à disposição do empregador tem dupla limitação. De um lado, ela ratifica a separação entre tempo de trabalho e tempo de vida, favorecendo a suspensão, durante o tempo de trabalho, do exercício do direito fundamental ao conteúdo do próprio trabalho. O tempo em que o empregado cumpre a sua obrigação de disponibilidade à organização produtiva deve também comportar a realização do direito fundamental ao trabalho. De outro lado, a experiência de trabalho transborda em muito o tempo físico considerado à disposição do empregador, pois a aquisição de competências de trabalho não se conquista senão fazendo-se habitar pelo sofrimento que traz a experiência frente ao real, que exige uma resposta no plano da subjetividade, a fim de tornar possível a realização da tarefa, que toma inclusive os momentos de insônia e até mesmo os sonhos do trabalhador, convocando ainda as pessoas que o circundam e o auxiliam na esfera privada a realizar essa elaboração subjetiva. (WANDELLI, 2012, pp. 324-325)

Sem dúvida, o trabalho impõe questões no plano da subjetividade ao trabalhador, uma vez que organiza sua vida pessoal de forma a priorizar o trabalho, seja em relação ao horário de dormir e despertar, do que se alimenta, as notícias que lê, a forma como se veste, os cursos de qualificação que busca. O trabalho proporciona o desenvolvimento profissional e crescimento pessoal do indivíduo, por isso representa renúncias em relação à vida pessoal deste. Tudo é tempo de trabalho, por isso o tempo à disposição deve ser limitado.

O artigo 4º da CLT dispõe sobre tempo à disposição, esclarecendo que é quando o empregado executa ordens do empregador e enquanto está aguardando⁷. Partindo deste conceito, os grupos de trabalho do WhatsApp representam tempo à disposição do empregador, seja no sentido de manter-se informado acerca do seu contrato de trabalho, seja no sentido de contribuir com o seu trabalho, e podem significar violação a direitos fundamentais.

⁷ Art. 4º da CLT: Considera-se como o serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição expressamente consignada.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS GRUPOS DE TRABALHO DO WHATSAPP

Antes de adentrar aos direitos fundamentais, impõe falar sobre o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana⁸ (MORAES, 2010, p. 115) que norteia todos os demais princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, mas isso não significa que todos os direitos fundamentais possam ser diretamente reconduzidos à dignidade da pessoa humana⁹ (CORDEIRO, 2012, p. 30). A dignidade da pessoa humana é a garantia do Estado Democrático de Direito e de acesso ao mínimo existencial¹⁰ (TORRES, 2009, p. 36).

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 70), a dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

A par deste conceito, é possível afirmar que os grupos de trabalho do WhatsApp quando utilizados pelo empregador fora do horário de trabalho atentam contra a dignidade da pessoa do trabalhador. A hiperconexão faz com que estejam permanentemente conectados ao contrato de trabalho, prejudicando a vida pessoal e o convívio social e familiar. Dependendo do grau de responsabilidade que lhes é imputado nas conversas, deixam de organizar sua própria existência. Em outras palavras, o empregado deixa de ser um cidadão do mundo e autônomo, pois fica refém do seu próprio telefone celular. Neste caso, a violação da dignidade humana pressupõe a violação de direitos fundamentais.

Para Canotilho (2003, pp. 377-378), os direitos fundamentais são aqueles jurídico-positivamente consagrados no plano constitucional vigente, incorporados pela ordem jurídica como sendo naturais e inalienáveis do indivíduo.

⁸ A primeira vez que a ideia de uma dignidade pessoal atribuída a cada indivíduo foi concebida foi no Cristianismo.

⁹ Karine da Silva Cordeiro esclarece que se nem todos os direitos fundamentais decorrem diretamente da dignidade humana, todos os direitos que concretizam a dignidade da pessoa humana são materialmente fundamentais.

¹⁰ O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria, por isso deve-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e na Imunidade e privilégios do cidadão.

O legislador constituinte, já prevendo a violação de direitos diante das tecnologias, concedeu o status de direito fundamental social à proteção em face da automação¹¹. É um direito de defesa e também prestacional, material e normativo, uma vez que incumbe ao Estado à promoção e proteção através de lei. Por isso, apresenta perspectiva objetiva e subjetiva. (SARLET, 2015)

Segundo Paulo Bonavides (2012, p. 629), a dimensão objetiva e a subjetiva mantêm relação de remissão e de complemento recíproco, de modo que um direito fundamental somente alcançará a universalidade se satisfazer individualmente os seus destinatários.

Luiz Guilherme Marinoni (2003, pp. 298-338) esclarece que afirmar a dupla dimensão – objetiva e subjetiva – dos direitos fundamentais não significa dizer que o direito subjetivo decorre do direito objetivo. As normas que estabelecem direitos fundamentais se podem ser subjetivadas, não pertencem somente ao sujeito, mas sim a todos aqueles que fazem parte da sociedade.

A multifuncionalidade dos direitos fundamentais é muito bem explicada por Robert Alexy, partindo da premissa de que os direitos fundamentais são polivalentes, não se podendo lhes associar apenas uma única função; a cada direito fundamental podem ser agregadas variadas funções, servindo a função precípua por ele desempenhada como critério para classificá-lo em objetivo ou subjetivo. (ALEXY, 2007, p. 214)

Na dimensão objetiva indica a necessidade de observância do núcleo essencial do direito fundamental para um sujeito determinado, tendo em vista que é ele, e não a coletividade indeterminada, o titular desse direito fundamental. Aqui compreendem os direitos fundamentais a privacidade, o repouso e o lazer de cada trabalhador.

Na dimensão subjetiva do direito fundamental à proteção em face da automação está a obrigação do Estado de impor limites ao uso desenfreado de tecnologias, justamente para resguardar interesses coletivos legítimos, como são os postos de trabalho e a manutenção do emprego e a proteção do meio ambiente do trabalho, no sentido de que ele seja saudável.

A proteção ao emprego o Estado tem feito através de políticas públicas, mas a defesa dos malefícios ocasionados pelas tecnologias da informação e da comunicação o Estado está sendo omissa, pois a única Lei neste sentido é o Marco Civil da Internet, que não adentra a seara trabalhista. A par disso, o Tribunal Superior do Trabalho tem editado súmulas que tratam das novas tecnologias, que será analisado a posteriori.

¹¹ Previsto no artigo 7º, inciso XXVII, da CF.

A hiperconexão decorrente do uso dos grupos de trabalho do WhatsApp, após a jornada de trabalho, viola os direitos fundamentais à privacidade, ao repouso, à saúde e ao lazer, uma vez que inerentes à dignidade do trabalhador. E poderá haver outros, em consequência da abertura material dos catálogos de direitos fundamentais, que proporciona que outros venham a ser incluídos ou até mesmo reconhecidos (art. 5º, § 2º, da CF). As tecnologias da comunicação e informação sempre apresentam novas ferramentas, que faz surgir novas nuances de direitos fundamentais, cita-se como exemplo o WhatsApp, que não tem dez anos de sua criação.

Durante o restante do tempo de trabalho fora da esfera de controle presencial ou à distância do empregador, que não é mensurável e hoje é inteiramente ignorado pelo Direito do Trabalho, há de se criar formas de limitar (a eliminação é impossível, no capitalismo) a apropriação indiscriminada e sem peias da subjetividade do trabalhador, que subsume inclusive todo o tempo que é juridicamente considerado como tempo de descanso e lazer. (WANDELLI, 2012)

2.1 Direito à Privacidade: *The Right To Be Let Alone*

O artigo 5º, inciso X, da CF, dispõe sobre o direito fundamental à inviolabilidade da vida privada, que assegura os direitos fundamentais à privacidade, à intimidade e à inviolabilidade das correspondências.

Samuel Warren e Louis Brandeis, sensíveis aos efeitos que o avanço tecnológico poderia provocar na vida das pessoas teriam sido os primeiros a tratar da privacidade, através do artigo “*The right to privacy*”, publicado na *Harvard Law Review*, em 1890. O direito à privacidade, ao tempo de sua concepção, era marcado por um individualismo exagerado, que poderia ser traduzido no *right to be let alone* (DONEDA, 2006, pp. 8-10). A primeira ideia de privacidade é o direito a ser deixado sozinho, em paz, tranquilo.

Nos dias atuais, a privacidade não deixa de ser o direito de se estar só e de se ser deixado só, no sentido de um direito a viver sem ser molestado pelo Estado e por terceiros no que toca aos aspectos da vida pessoal e familiar. (SARLET, 2015, pp. 440-441)

Ideia esta que é difundida até hoje quando se fala de privacidade, mas com as tecnologias da comunicação e informação é difícil imaginar o *right to be let alone*. Nesta perspectiva, deve ser lido e pensado juntamente com a dignidade da pessoa humana, de modo que é a pessoa quem irá escolher o quanto sozinha e em paz quer ficar. O quanto deixará as novas tecnologias adentrarem a sua vida íntima.

Para Regina Linden Ruaro (2007, pp. 227-228), no ambiente laboral, o poder diretivo e o direito de propriedade do empregador são colocados em confronto com aqueles, pois são direitos indissociáveis da relação de trabalho. Desde essa perspectiva, os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade recebem uma leitura distinta quando se trata de relação de trabalho. Há um conteúdo essencial de tais direitos que, em que pese não poderem ser afetados, são matizados em certas circunstâncias.

Nessa perspectiva, os grupos de trabalho do WhatsApp, quando utilizados após o término da jornada de trabalho, ferem o direito à privacidade do trabalhador, pois adentram ao seu domicílio, interferindo na sua vida pessoal e nas relações íntimas que mantêm. Há uma violação ao direito à privacidade, uma vez que se trata de uma opção do trabalhador ficar sozinho ou não, após cumprir com seu horário de trabalho.

2.2 Do Direito ao Repouso X Hiperconexão

A ideia de condições de trabalho pressupõe alguns elementos comuns à sua configuração: local, jornada, descanso e salário (NASCIMENTO, 2011, p. 476). No caso da hiperconexão causada pelos grupos de trabalho do WhatsApp interessa-nos a jornada e o descanso.

Se há trabalho, ele toma um tempo de quem vai prestá-lo, logo é impossível trabalhar sem dedicar um tempo a esse trabalho. Esse tempo pode até ser determinado por mim, mas sempre deverá existir, para que o trabalhador saiba o tempo que tem que destinar para o trabalho. O trabalho é correlato ao descanso. Trabalha-se e se descansa. Assim, a atividade do empregado pressupõe sempre períodos de descanso, maiores ou menores, porque há descansos diários chamados intervalos, descansos semanais denominados repousos semanais. Essas figuras integram os direitos das condições de trabalho porque é uma necessária pausa nas atividades de alguém para recompor as energias e voltar em condições razoáveis a ovacioná-las novamente para produção dos resultados exigidos pelo empregador. (NASCIMENTO, 2011, p. 476)

Desta forma, como o empregado tem um horário de trabalho a cumprir, seja na sede do empregador, no seu domicílio ou em ambiente externo, tem o direito fundamental a repousar também, por um tempo determinado. O Direito do Trabalho, atento a este direito fundamental, criou duas formas de repouso, sendo a primeira o intervalo interjornada de no mínimo onze horas entre uma jornada de trabalho e outra¹²; e a segunda, que é o direito a no mínimo um

¹² O artigo 66 da CLT dispõe sobre o intervalo interjornada.

repouso semanal de 24 horas, preferencialmente aos domingos¹³. Os grupos de trabalho do WhatsApp ignoram o direito fundamental ao repouso, uma vez que o trabalhador permanece conectado ao contrato de trabalho através do telefone celular.

A conexão nos horários destinados ao repouso ocasiona a hiperconexão, a qual pode ocasionar problemas de saúde ao trabalhador, em especial, as doenças psíquicas, como o stress, a depressão, a síndrome do pânico. Afora isso, há o prejuízo no contexto familiar, pois não pode dedicar-se a família, pois precisa dividir o tempo com o trabalho, ainda que esteja no período de repouso.

2.3 Do Direito à Saúde

A saúde é um direito fundamental social, disposto no artigo 6º da CF¹⁴, e pode ser compreendida como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, garantido por normas de ordem pública que dizem também respeito à qualidade de vida no trabalho. Desponta daí o conceito de “trabalho digno” como aquele que permite melhor a expressão dos valores intersubjetivos do trabalhador. (JOSÉ FILHO, 2016)

Os grupos de trabalho do WhatsApp afetam a saúde do trabalhador diretamente, pois como mencionado no item anterior, é indispensável que haja o tempo do trabalho e o tempo para descanso. O corpo e a mente necessitam de descanso para que tenham e mantenham saúde. Os grupos de trabalho do WhatsApp colocam em discussão, inclusive, o meio ambiente de trabalho, uma vez que o trabalho ocorre em um telefone celular que é móvel, que acompanha o empregado onde ele esteja.

O objetivo jurídico da proteção do meio ambiente do trabalho é a saúde e a segurança do trabalhador, a fim de que este possa desfrutar de uma vida com qualidade. Busca-se salvaguardar o homem trabalhador das formas de degradação e poluição de vida. Num segundo momento, deve-se observar que se valoriza o trabalho humano, porquanto este é direito social fundamentador da ordem econômica e financeira e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. (FIORILLO, 2016)

¹³ Lei nº 605/1949 que dispõe acerca do repouso semanal remunerado.

¹⁴ Ainda o art. 196 da CF dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

No que se refere às obrigações básicas do empregador em relação ao direito fundamental à saúde do trabalhador, ele tem de praticar o direito à abstenção e à prestação, incluindo neste o direito à prevenção. (OLIVEIRA SILVA, 2007, p. 131)

Quanto ao primeiro, tem o trabalhador o direito de abstenção do empregador quanto ao fator tempo de trabalho: a) não exigência de prestação de horas extras habituais (art. 7º, XIII e XIV, da CF); b) não exigência de labor nos intervalos intra e interjornadas; c) não exigência de trabalho nos dias de repouso semanal e feriados, tampouco nos períodos de férias (art. 7º, XV e XVII). E também direito à abstenção quanto ao fator saúde mental ou psíquica, sendo que o direito de não agressão a essa saúde compreende: a) o não tratamento rigoroso, vexatório, quando das ordens e fiscalização do serviço; b) e a não exigência de produtividade superior às forças físicas e mentais do trabalhador. Quanto às prestações a que está obrigado o empregador, tratam-se de um imenso caudal de normas, envolvendo: a) a obrigação de prevenção; b) e a obrigação de reparação. (OLIVEIRA SILVA, 2007, p. 131)

O empregado está inserido na dinâmica empresarial, que faz uso irrestrito das tecnologias da comunicação e informação. Todavia, duas questões devem ser observadas, o direito fundamental à saúde do trabalhador, que transpassa a livre iniciativa do empregador, e o papel do Estado, que deve garantir a proteção em face da automação, impondo limites ao uso desenfreado de tecnologias.

2.4 Do Direito ao Lazer

O direito ao lazer¹⁵ não tem seu conteúdo definido pelo texto constitucional. Apesar disso, a relação com diversas normas constitucionais de cunho protetivo permite que se infira uma função essencialmente protetiva do direito ao lazer, no sentido de resguardar o aspecto mais lúdico da vida humana, impondo ao poder público a obrigação de assegurar as condições que viabilizem o acesso e o exercício de atividades de lazer pela população. O direito ao lazer retoma, assim, o conteúdo de saúde como “estado de completo bem-estar físico, mental e social” (Organização Mundial da Saúde), perpassando garantias específicas sobre a saúde dos trabalhadores, por exemplo: repouso semanal, limitação de jornada de trabalho e justificando, por isso, que possa integrar o conteúdo do mínimo existencial e da própria vida com dignidade, já que inerente à vida com (alguma) qualidade. (SARLET, 2013, p. 548)

¹⁵ É um dos direitos fundamentais sociais elencados no artigo 6º da CF.

Como pode ser observado, o trabalhador tem o direito a repousar (descansar) para que possa escolher qual o lazer que vai querer fazer uso, seja relacionado à cultura, ao desporto, à educação etc. Quando o empregador descumprir com estes dois direitos fundamentais sociais, está afetando a saúde do trabalhador e invadindo a sua esfera privada. Por consequência, o empregado deixa de ter uma vida digna e o acesso ao mínimo existencial pode deixar de ocorrer, pelo menos de forma plena.

As prestações abrangidas pelo mínimo existencial devem assegurar os recursos materiais necessários a que o indivíduo leve uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2010, p. 70). O mínimo existencial deve garantir mais do que a mera sobrevivência física dos indivíduos, afinal, a noção de uma vida condigna exige mais do que a singela existência, demandando, também, condições que permitam o pleno desenvolvimento da personalidade. (CORDEIRO, 2012, p. 118)

2.5 Grupos de Trabalho do WhastApp: Teletrabalho, Horas Extras ou Sobreaviso?

Como visto, é indispensável que o trabalhador tenha uma jornada de trabalho a cumprir, para que possa repousar também. Em relação aos grupos de trabalho do WhatsApp, nos interessa estudar aqueles em que o empregado permanece conectado 24 horas por dia, pois informações estão sendo lançadas pelo empregador sempre. Independentemente de o empregado consentir em participar destes grupos, é certo que o trabalho prestado após o término de sua jornada de trabalho se trata de labor extraordinário. A dúvida que paira é se trata-se de teletrabalho, horas extras ou de sobreaviso.

O conceito de teletrabalho, segundo a Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades (SOBRATT)¹⁶, é todo e qualquer realizado a distância (tele), ou seja, fora do local tradicional de trabalho (escritório da empresa), com a utilização da tecnologia da informação e da comunicação, ou, mais especificamente, com computadores, telefonia fixa e celular e toda tecnologia que permita trabalhar em qualquer lugar e receber e transmitir informações, arquivos de texto, imagem ou som relacionados à atividade laboral.

Teletrabalhador é aquela pessoa que desenvolve atividades laborais por meio de antigas e novas tecnologias de informação e comunicação, distante da sede da empresa ou da pessoa física à qual presta serviços. (ESTRADA, 2012, pp. 171-187)

¹⁶ A SOBRATT é uma sociedade civil, sem fins lucrativos, fundada em 1999, por Álvaro Augusto Araújo Melo. Seu site é www.sobratt.org.br.

Portanto, o empregado que faz parte de grupo de trabalho do WhatsApp, cujo funcionamento vai além da jornada normal diária de trabalho, está submetido ao teletrabalho, vez que trabalha a distância, através de telefone celular.

É inegável que se o empregador o inseriu no grupo é porque deve acompanhar as informações e conversas ali mantidas. Além de que há uma fiscalização velada, vez que o empregador consegue acompanhar quem visualiza as mensagens e interage, trata-se de uma discriminação oculta. Sendo esta uma das piores formas de discriminação, pois o empregado acaba abalado moralmente, se sentindo intimidado, impelido a interagir no grupo.

São requisitos para a manutenção da vida saudável do empregado, o direito ao descanso, ao lazer e à desvinculação completa. O teletrabalho surge como uma provável ameaça a estes direitos, visto que a partir de um computador o funcionário poderá estar conectado à empresa em qualquer local onde de encontre (ROSENDA, 2007, p. 820). O que dirá de alguns grupos de trabalho do WhatsApp que funcionam 24 horas por dia, todos os dias da semana. É uma permanente conexão, que a doutrina atribui o nome de hiperconexão (FINCATO, 2014, p. 15).

Como é um trabalho prestado fora do horário de trabalho, o trabalhador terá direito à indenização pelo trabalho extraordinário, impõe-se a necessidade de se verificar se são devidas horas extras (cujo adicional é de 50% sobre o valor da hora normal) ou sobreaviso (cujo adicional é de 1/3 sobre o valor da hora normal)¹⁷.

A Súmula 428 do TST¹⁸ trata do sobreaviso e impõe como requisito para sua caracterização, que o empregado esteja à disposição do empregador aguardando o chamado para o

¹⁷ Não é o objeto estudado, mas várias são as ações que o trabalhador ingressa na Justiça do Trabalho requerendo dano existencial em razão do grande período que fica conectado ao contrato de trabalho. Neste sentido: DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado o dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que traduzem decisão jurídico-objetiva de valor de nossa Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, do qual constitui projeção o direito ao desenvolvimento profissional, a exigir condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Recurso da reclamante parcialmente provido (RO 0000311.59.2014.5.04.0811 – Redator Desembargador José Felipe Ledur – 6ª Turma do TRT4 - Julgado em 01/06/2016); RO 0000714.13.2015.5.04.0352 – Redator Desembargador Fernando Luiz de Moura Cassal - 6ª Turma do TRT4 – Julgado em 20/07/2016.

¹⁸ Súmula 428 – SOBREAviso. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º, DA CLT. I – O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso. II – Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle

serviço em seu horário de repouso, ou seja, há uma restrição em seu direito à locomoção. O empregado inserido nos grupos do WhatsApp não precisa estar à disposição para retornar ao trabalho, pois o trabalho ocorre no próprio grupo. Considerando que não há exigência de retorno ao trabalho efetivo, a jurisprudência majoritária é no sentido de que não se trata de sobreaviso¹⁹.

Os grupos de trabalho do WhatsApp impõem a realização de horas extras após o final da jornada de trabalho, é uma espécie de horas extras tácita, em que não há a contratação expressa deste labor extraordinário, mas é imposto ao empregado de forma sutil.

2.6 Dos Limites do Poder Diretivo do Empregador X Direitos Fundamentais

O que permite que o empregador crie os grupos de trabalho do WhatsApp e adicione os seus empregados, independentemente de consentimento, é o poder diretivo que advém do direito de propriedade²⁰ e da livre iniciativa²¹. Contudo, o poder diretivo encontra limites quando se depara com direitos fundamentais do trabalhador, tais como a privacidade, o lazer, o repouso e a saúde.

O poder diretivo localiza-se no artigo 2º da CLT, que dispõe que o empregador é aquele que dirige a prestação de serviços, pois é quem assume os riscos da atividade econômica. Este se desmembra por diversas facetas, podendo ser encontrado sob várias denominações, como poder de controle, poder de punição, poder de organização, poder hierárquico, entre outros. A palavra poder denota a noção de comando, ordem, a qual somente existe quando houver a

patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

¹⁹ Jurisprudência que entende ser devido o sobreaviso, mesmo que não precise retornar ao local de trabalho é minoria e em sede de Tribunal Regional do Trabalho: SOBREAVISO. A caracterização do período de sobreaviso não decorre do fato de o autor portar um aparelho de comunicação, mas sim da comprovação de que o empregado ficava à disposição do empregador, recebendo informações por mensagens para, acaso existente, resolver problemas da empresa, mesmo fora do seu horário normal de labor, havendo, portanto, lesão à liberdade de gozo do tempo livre do autor e à -desconexão- do trabalho por imposição da reclamada. Sendo assim, restou cabalmente demonstrado que o autor era submetido ao regime de sobreaviso, o que é devido o referido adicional. Recurso parcialmente provido. 2) Recurso da Reclamada. (RT 143.62.2011.501.0011 – do TRT1 – Julgado em 17/10/2003). Jurisprudência que entende ser necessária a restrição a locomoção do empregado para caracterização do sobreaviso é maioria e é a posicionamento do TST: RR 2856004720095090411 – Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta – 2ª Turma do TST – DEJT 18/03/2016; ARR 4597120125090562 – Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes – 2ª Turma do TST – DEJT 18/03/2016; ARR 4153002520085090019 – Ministro Relator José Roberto Freire Pimenta – 2ª Turma do TST – DEJT em 23/10/2015).

²⁰ É um direito fundamental disposto no artigo 5º, inciso XXII, da CF.

²¹ É um princípio constitucional que serve de fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso IV, da CF) e da Ordem Econômica (artigo 170, *caput*, da CF).

submissão e aceitação da vontade por um pretense subordinado. (HAINZENREDER JUNIOR, 2006, p. 64)

Outro aspecto em relação ao poder diretivo que se deve observar é que decorre do direito de propriedade, resguardado no artigo 5º, XXII, da CF, pois é o dono dos meios de produção, bem como é aquele que coordena o complexo de bens que envolvem a empresa (HAINZENREDER JUNIOR, 2006, p. 66). O poder-dever do proprietário de dar à coisa destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando os bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos. (COMPARATO, 1995, p. 34)

Como bem ensinam Eugênio Facchini Neto e Fábio Siebeneichler de Andrade (2016, p. 17), está ultrapassada a ideia de direitos absolutos, vinculados ao arbítrio de seu titular, seja no direito público, seja no direito privado. Os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função, ao mesmo tempo em que se alarga a esfera dos direitos que não são conferidos no interesse próprio, mas no interesse de outrem ou no interesse social (direito-função). A concepção de que também o direito privado desempenha uma função social está ligada, igualmente, ao valor da solidariedade, conceito fundamental para o direito contemporâneo.

Em razão destes primados, o empregador tem o direito de propriedade sobre o seu negócio, mas deve cumprir com a função social de sua propriedade. Para Fábio Konder Comparato, a função social da propriedade não indica as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. A noção de função significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do proprietário; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. (COMPARATO, 1995, p. 32)

Juntamente com o direito de propriedade do empregado há o princípio constitucional da livre iniciativa, que bem ensina Eros Roberto Grau (2015, pp. 203-205), a livre iniciativa é um modo de expressão do trabalho e, por isso mesmo, corolário da valorização do trabalho, do trabalho livre, em uma sociedade livre e pluralista. A Constituição Federal coloca o valor social do trabalho lado a lado com a livre iniciativa (artigos 1º, inciso IV, e 170, *caput*), no sentido de que o trabalho humano seja valorizado pela livre iniciativa. A liberdade de iniciativa é um dos desdobramentos da liberdade, mas ela não é um direito fundamental.

Desta análise, conclui-se que o funcionamento dos grupos de trabalho do WhatsApp, após o término da jornada de trabalho do empregado, coloca em conflito alguns direitos fundamentais e princípios constitucionais. Em favor do empregador, há o direito fundamental de propriedade e o princípio constitucional da livre iniciativa, e, em favor do empregado, os direitos fundamentais da privacidade, do lazer, da saúde e do repouso.

Por outro lado, não há como desprezar que o WhatsApp é uma ferramenta tecnológica que revolucionou as relações jurídicas, abreviando distâncias e tempo e facilitando a comunicação. Logo, os grupos de trabalho do WhatsApp aceleram o processo de produção e desenvolvimento das empresas, o que beneficia os trabalhadores, que terão seus postos de emprego mantidos e poderão crescer junto com o empregador. Por isso, a melhor forma de resolver o conflito entre direitos fundamentais e princípios constitucionais é a ponderação de bens.

A ponderação de bens consiste num método destinado a atribuir pesos e elementos que se entrelaçam, sem referências a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação de bens, de valores, de princípios, de fins, de interesses. Por isso, ela deve ser estruturada com a inserção de critérios, com os postulados da razoabilidade e de proporcionalidade e direcionar a ponderação mediante utilização dos princípios constitucionais fundamentais (ÁVILA, 2015, p. 185). É necessário separar os elementos que são objeto de ponderação, a fim de que se perceba quais os bens jurídicos, interesses e valores, que estão protegendo para, a partir disso, utilizar a proporcionalidade para a verificação do que se vai preservar, sempre buscando a realização máxima dos valores.

A proporcionalidade significa, sobretudo, que se está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos. Acarreta vedação de excessos e omissões (FREITAS, 2010, p. 224). A proibição de excesso está presente em qualquer contexto em que um direito fundamental esteja sendo restringido, pois a realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia (ÁVILA, 2015, p. 185). Por isso, a *dupla face* do princípio da proporcionalidade vem sendo difundida, que passa a atuar como critério de controle de legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos (do âmbito de proteção dos direitos fundamentais), bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento de seus deveres de proteção. (SARLET, 2015, p. 217)

Portanto, utilizando o postulado da proporcionalidade, há duas formas de se preservar ao máximo o núcleo essencial dos direitos e princípios aqui protegidos, para que se atinja o

fim almejado. A primeira seria o Estado criar uma norma para regulamentar o uso dos grupos de trabalho do WhatsApp após o término da jornada de trabalho, tal como criou a figura do sobreaviso, por exemplo. Condicionar o uso dos grupos ao pagamento de horas extras é onerar demais o empregador, vez que o trabalhador, via de regra, utiliza a ferramenta de WhatsApp de qualquer modo.

A outra maneira é um ajuste por escrito entre empregado e empregador, delimitando o horário de uso, de forma a limitar o prejuízo à privacidade, à saúde, ao lazer e ao repouso do empregado. Também fixar a forma de remuneração deste trabalho extraordinário, que não necessariamente precisaria ser com valores, mas com folgas, por exemplo. Tudo visando o crescimento e o desenvolvimento de ambos, empregado e empregador, e não descartando o quanto as tecnologias da comunicação e informação aperfeiçoam o mundo do trabalho.

No terceiro milênio, o comando constitucional é “caminhar juntos entre o social e o econômico”, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa precisam um do outro para viver bem. (STÜRMER, 2014, p. 23)

CONCLUSÃO

As tecnologias da comunicação e da informação revolucionaram a vida das pessoas e das relações jurídicas e estão sempre surpreendendo, com novas ferramentas que surgem e cada vez impressionam mais. Todos têm dificuldade de acompanhar as novidades, devido a constante mutação. O que dirá o legislador em relação à regulamentação sobre o uso das novas ferramentas, em especial, nos contratos de trabalho.

O sistema de produção adotado pela Constituição Federal é o capitalista e está expressamente reconhecido no texto constitucional que trata da Ordem Econômica (artigo 170). O empregador é um empresário e, como tal, precisa estar atento as novidades tecnológicas, a fim de produzir mais, angariar lucros e concorrer em situação de igualdade com as empresas concorrentes, ainda mais numa economia globalizada.

Desta forma, a internet e o telefone celular foram inseridos como ferramentas de trabalho tão logo chegaram ao mercado. E novos institutos surgiram, por exemplo, o sobreaviso, assim como o poder de comando do empregador incluiu novas formas de controle, através dos meios telemáticos e informatizados.

Em 2009, surge a ferramenta intitulada WhatsApp, que através de um telefone celular com internet as pessoas se comunicam de forma gratuita, instantânea e na hora que desejarem.

O empregador atento às novas tecnologias inseriu o WhatsApp na relação de emprego, o que só beneficia a ambos os envolvidos, se for no horário de trabalho.

O WhatsApp também permite a criação de grupos, onde dezenas ou centenas de pessoas participam do grupo e podem conversar, enviar arquivos e fotos de forma simultânea. Novamente o empregador atento às tecnologias começou a adotar os grupos de trabalho do WhatsApp, onde o trabalhador é inserido no grupo, muitas vezes sem consentir.

Os grupos de trabalho do WhatsApp apresentam algumas características que põem em conflito normas trabalhistas. O empregado é facilmente discriminado no grupo, vez que o empregador consegue visualizar quem lê suas mensagens, como também consegue controlar quem interage no grupo. Trata-se da discriminação oculta, velada, repudiada no Direito do Trabalho. Também o grupo permite que o empregador se comunique com seus empregados 24 horas por dia, sábados, domingos e feriados.

A ausência de regulamentação sobre o uso do WhatsApp e dos grupos de trabalho estão incorrendo no mau uso dessas ferramentas, pois o trabalhador permanece conectado ao seu contrato de trabalho sempre, causando uma hiperconexão. O empregado tem sua vida pessoal invadida pelas conversas, prejudicando o convívio familiar e social. Há uma subtração dos seus direitos fundamentais ao repouso, lazer e privacidade. Sem falar na saúde, uma vez que o ambiente de trabalho passa a ser o telefone celular, que está sempre acompanhando o trabalhador, que fica sendo pressionado a ler e participar das conversas, por conta da discriminação que pode sofrer.

Por outro lado, há de ser ressaltado que o trabalhador contemporâneo não é mais aquele de quando foi aprovada a CLT, que era uma pessoa vulnerável, com pouco acesso à informação. O trabalhador atual é um cibertrabalhador, que tem telefone celular e internet, que se considera cidadão do mundo, afinal acompanha as notícias do mundo. Ele participa de redes sociais, se comunica sem dificuldades, portanto é um ser mais intelectualizado e comunicativo. Claro que há críticas sobre o que o trabalhador lê na internet, mas isso é outro aspecto, que não tira a grandeza do que o celular e a internet proporcionaram aos assalariados.

Nesse contexto, precisa ser regulamentado o uso das novas ferramentas, observando o direito de propriedade e a livre iniciativa do empregador. O Estado não pode intervir no negócio do empregador e proibir o uso de tão grandiosa ferramenta, mas também não deve tolerar que o empregado seja submetido à hiperconexão. São princípios constitucionais e direitos fundamentais em conflito, em que a melhor solução é a ponderação.

É necessário ponderar os bens jurídicos, valores e interesses que se pretende proteger, a fim de preservar ao máximo o núcleo essencial. Quando se fala de conflito de princípios e regras, a melhor forma de solução é através da proporcionalidade, em que se sacrifica o mínimo para preservar o máximo de direitos. Os excessos e omissões que podem resultar na solução dos conflitos ficam vedados, pois é feita uma ponderação.

Então, incumbe ao Estado regulamentar o bom uso dos grupos de trabalho do WhatsApp pelo empregador. As entidades sindicais também poderiam exercer seu dever constitucional e, através da autonomia coletiva que gozam, regulamentar o uso em suas normas coletivas. Talvez seja o mais ideal, pois poderiam ouvir os envolvidos e tentar agregar ao máximo seus interesses na hora de redigir a cláusula que regulamentaria a matéria. Independentemente de quem for regulamentar a matéria, o certo é que o capital e o trabalho precisam andar juntos para crescerem e se desenvolverem, não havendo razão para impedir o uso dos grupos do WhatsApp, já que se trata uma excelente ferramenta de comunicação e informação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, 2. ed. Madrid: CEPC, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2015.

BECKER, Maria Lúcia. **Inclusão digital e cidadania: as possibilidades e as ilusões da “solução” tecnológica**. Ponta Grossa: UEPG, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Comentários a Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CASTELLS, Manuel. **La era de La información: La sociedad red**. 2. ed. Madrid: Alianza Editorial, 2001. v. 1.

CEBRIÁN, Juan Luis. **A rede**. Tradução de Lauro Machado Coelho. São Paulo: Summus, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva: 1995.

CORDEIRO, Karina da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do Poder Judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ESTRADA, Manuel Martin Pino. O teletrabalho escravo. **Revista de Direito do Trabalho,** São Paulo, v. 38, n. 146, pp. 171-187, abril/junho 2012.

FACCHINI NETO, Eugênio. ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A Funcionalização do Direito: A Empresa e sua Função Social. In: STEINDORFER, Fabriccio. MIZUTA, Alessandra (coord.). **Limitações constitucionais ao exercício da atividade econômica.** Curitiba: Juruá, 2016.

FINCATO, Denise. MATTE, Mauricio. GUIMARÃES, Cíntia (Org.). **Direito e Tecnologia: reflexões sociojurídicas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Meio ambiente do trabalho em face do direito ambiental brasileiro.** Disponível em: <http://www.nima.puc-rio.br/aprodab/artigos/celso_antonio_pacheco_fiorillo.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2016.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito.** 5. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. O poder diretivo do empregador frente à intimidade e a vida privada do empregado na relação de emprego: conflitos decorrentes da utilização dos meios informáticos no trabalho. In: STURMER, Gilberto (Org.). **Questões controversas de Direito do Trabalho e outros estudos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

HASSAN, Robert. **The Information Society.** Cambridge: Polity, 2008.

JOSÉ FILHO, Wagson Lindolfo. Proteção ao trabalho em face da automação: fronteiras da inovação tecnológica. **Revista Jus Navigandi,** Teresina, ano 21, n. 4820, 11 set. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35702>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

LEMOS, André; LÉVY, Pierre. **O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia.** São Paulo: Paulus, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais, **Revista de Direito Processual Civil,** n. 28, pp. 298-338. abril/junho 2003.

MOLINARO, Carlos Alberto. RUARO, Regina. Acoplamento entre Internet e Sociedade. **Revista da AGU,** Brasília, ano XIII, n. 40, pp. 37-58, abr./jun. 2014.

- MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- OLIVEIRA SILVA, José Antônio Ribeiro de. A saúde do trabalhador como um direito humano. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 31, 2007.
- ROSENDÁ, Salomão. Direito à desconexão: uma realidade no Teletrabalho. **Revista LTr**, v. 71, n. 7, julho de 2007.
- RUARO, Regina Linden. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada na relação de emprego: o monitoramento do correio eletrônico pelo empregador. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SOUZA, Rodrigo Trindade (Coord.). AMARAL, Márcio Lima do; SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos; SEVERO, Valdete Souto. **CLT comentada**. São Paulo: LTr, 2015.
- STEINDORFER, Fabriccio. MIZUTA, Alessandra (coord.). **Limitações constitucionais ao exercício da atividade econômica**. Curitiba: Juruá, 2016.
- STÜRMER, Gilberto. **Direito constitucional do trabalho no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014.
- _____. **Questões controvertidas de Direito do Trabalho e outros estudos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.
- TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **O Direito Humano e Fundamental ao Trabalho:**
Fundamentação e Exigibilidade. São Paulo: LTr, 2012.