

ΠΩΛ ΗΙΛΣΙΑ

REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO AMBIENTAL DA AMAZÔNIA
Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental da Universidade do
Estado do Amazonas

UEA 
EDIÇÕES

UEA
UNIVERSIDADE
DO ESTADO DO
AMAZONAS

GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS

Wilson Lima
Governador

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO
AMAZONAS**

Prof. Dr. Cleinaldo de Almeida Costa
Reitor

Prof. Me. Cleto Cavalcante de Souza Leal
Vice-Reitor

Profa. Ma. Kelly Christiane Silsa e Souza
Pró-Reitor de Ensino de Graduação

Profa. Ma. Samara Barbosa de Menezes
Pró-Reitora de interiorização

Profa. Dra. Maria Paula Gomes Mourão
Pró-Reitora de pesquisa e pós-graduação

Profa. Ma. Márcia Ribeiro Maduro
Pró-Reitora de Planejamento

Prof. Dr. André Luiz Tannus Dutra
**Pró-Reitor de Extensão e Assuntos
Comunitários**

Prof. Me. Orlem Pinheiro de Lima
Pró-Reitoria de Administração

Profa. Dra. Maristela Barbosa Silveira e Silva
Diretora da Editora UEA

Prof. Dr. Erivaldo Cavacanti Filho
**Coordenação do Programa de
Pós-Graduação em Direito Ambiental**

Profa. Ma. Taís Batista Fernandes Braga
Coordenadora do curso de Direito

**NOVA HILEIA: REVISTA ELETRÔNICA
DE DIREITO AMBIENTAL
ISSN: 2525-4537**

Prof. Dr. Erivaldo Cavacanti Filho, UEA
Prof. Dr. Mauro A. Ponce de Leão Braga, UEA
Profa. Dra. Maria Nazareth Vasques Mota, UEA
Prof. Dr. Sandro Nahmias Melo, UEA
**Coordenação do Programa de
Pós-Graduação em Direito Ambiental**

Prof. Dr. Sandro Nahmias de Melo
Editor Chefe

Prof. Me. Denison Melo de Aguiar
Editor Adjunto

Profa. Ma. Carla Cristina Torquato
Profa. Ma. Adriana Almeida Lima
Profa. Ma. Dayla Barbosa Pinto
Prof. Me. Luiz Cláudio Pires Costa
Prof. Me. Ygor Felipe Távora da Silva
Profa. Esp. Monique de Souza Arruda
Prof. Esp. Átila de Oliveira Souto
Editores Assistentes

Prof. Dr. Celso Antonio P. Fiorillo, FMU-SP
Prof. Dr. César O. de Barros Leal, UNIFOR
Prof. Dr. Antonio Carlos Morato, USP
Prof. Dr. José Helder Benatti, UFPA
Prof. Dr. Fernando A. de C. Dantas, UFG-GO
Profa. Dra. Solange T. da Silva, Mackenzie - SP
Conselho Editorial

Prof. Dr. Paulo Affonso Leme Machado,
Universidade Metodista de Piracicaba - SP
Profa. Dra. Maria Gercilia Mota Soares, INPA
Profa. Dra. Luly R. da Cunha Fischer, UFPA
Profa. Dra. Lucas Gonçalves da Silva, UFS-SE
Profa. Dra. Lorena Fabeni, UNIFESP
Prof. Dr. Jeronimo Treccani, UFPA
Prof. Dra. Danielle, de Ouro Mamed, ISEPE- PR
Prof. Dr. Celso Antonio P. Fiorillo, FMU-SP
Profa. Dra. Raquel Y. Farjado, PUC-PERU
Avaliadores

Prof. Me. Denison Melo de Aguiar
Primeira revisão

Prof. Me. Denison Melo de Aguiar
Revisão Final

Os artigos publicados, bem como as opiniões neles emitidas são de inteira responsabilidade de seus autores.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central da Universidade do Amazonas

R454

Nova Hileia: Revista Eletrônica de Direito Ambiental da Amazônia / Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. Vol.8, n.1 (2020). Manaus: Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental, 2020.

Semestral

ISSN: 2525-4537

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: LAZER E TRABALHO **FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS: LEASURE AND WORK**

Gabriela Menezes Zacareli

RESUMO: As tecnologias da informação, tais como a internet e os aparelhos de celular, vêm permitindo que o empregado esteja constantemente à disposição da empresa. Nesse contexto, a jornada de trabalho passou a se confundir com os períodos de folga e invadir a esfera da intimidade e a vida privada dos trabalhadores, que podem ser acionados a qualquer momento via celular, *e-mail*, *whatsapp*, etc. Como resposta a essa situação de desrespeito aos direitos fundamentais da classe trabalhadora, doutrina e jurisprudência desenvolveram a noção de desconexão como direito decorrente das previsões constitucionais relativas à dignidade da pessoa humana, ao valor social do trabalho e aos direitos fundamentais à saúde, lazer, intimidade, vida privada e limitação da jornada de trabalho. Esse é o tema do presente trabalho, que se mostra atual e relevante, especialmente no atual contexto de implantação de políticas neoliberais, corte de direitos sociais e flexibilização da legislação trabalhista. Serão analisados, nesta pesquisa, os direitos constitucionais sociais da área trabalhista, especialmente os direitos ao lazer e à limitação de jornada. Ademais, também serão dedicadas laudas para o estudo acerca da noção de desconexão, como consectário lógico desses direitos, à luz do princípio da proporcionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Lazer, trabalho, desconexão, direitos fundamentais, proporcionalidade.

ABSTRACT: *The information technologies such as the internet and mobile devices, are enabling the employee to be constantly available to the enterprise. In this context, the journey of work started to confuse with the periods of slack and invade the sphere of intimacy and private life of the workers, which can be triggered at any time via phone, e-mail, whatsapp, etc. In response to this situation of disrespect for the fundamental rights of the working class, the doctrine and jurisprudence have developed the notion of disconnection as a right arising out of the forecasts, the constitutional relating to the dignity of the human person, the social value of work and to the fundamental rights to health, leisure, intimacy, private life, and limitation of the working day. This is the theme of the present work, which shows current and relevant, especially in the current context of implementation of neoliberal policies, cutting social rights and the flexibilization of labor laws. This paper intends to analyze the constitutional rights in the social area, especially the rights to leisure and to the limitation of the labor journey. In addition, it will also be dedicated pages for the study of the notion of disconnection, as a logical consequence of these rights, in the light of the principle of proportionality.*

KEYWORDS: *Leisure, work, disconnection, fundamental rights, proportionality.*

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A era do chamado “Capitalismo Informacional” representou significativa mudança nas relações de trabalho, com a globalização da economia, a generalização do *outsourcing*, o enxugamento do quadro de pessoal fixo das empresas, a automação e a informatização do sistema produtivo.

A temática do presente artigo se insere nesse contexto, na medida em que seu objeto trata da relação entre os direitos fundamentais ao lazer e ao trabalho ao longo da história da sociedade capitalista. Como consectário do direito ao lazer, também serão analisados os direitos à limitação da jornada de trabalho e à desconexão, diante do advento de tecnologias

1 Especialização em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo - USP (2020). Especialização em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes (2019). Bacharelado em Direito pela Universidade de São Paulo - USP (2014). Analista do Ministério Público da União. Contato: gabriela_zacareli@hotmail.com.

que permitem a constante disponibilidade do trabalhador, a qualquer hora e independente do local em que se encontre.

O notável avanço tecnológico vivenciado pelo ser humano nas Revoluções Industriais, assim como as novas concepções de trabalho daí advindas constituem relevante fator para a redução do tempo livre do trabalhador. Aparelhos como o *notebook* e o celular permitem que o trabalho invada a vida do ser humano a qualquer momento, o que, para a maioria do empregado, não deve ser considerado tempo à disposição, dispensando contraprestação financeira.

Por esses motivos, a proteção ao direito fundamental ao lazer ganhou força nas relações de trabalho e fomentou a construção doutrinária e jurisprudencial do direito à desconexão. Ora, se a base do modo de produção capitalista é o trabalho livre, não é coerente se exigir a constante disponibilidade do empregado, o que remonta ao período da escravidão. O traço distintivo entre o trabalhador e o escravo é justamente a liberdade de autodeterminação, a capacidade de decidir como dispor do seu próprio tempo, para exercer atividades voltadas ao seu enriquecimento como ser humano, ao engrandecimento da sua condição de ser pensante, como as artes, os estudos, os esportes, entre outros.

Assim, pretende o presente artigo, a partir de metodologia de análise qualitativa, pelos métodos de abordagem hipotético-dedutivos, analítico e descritivo, apresentar um panorama histórico da temática dos direitos ao lazer e à desconexão do trabalho, relacionada à conquista da limitação da jornada. Para tanto, utilizam-se técnicas de pesquisa de bibliografia, legislação e jurisprudência dos tribunais nacionais.

Procura-se esclarecer como surgiram os direitos fundamentais sociais, notadamente os direitos ao lazer e à limitação de jornada; a construção doutrinária e jurisprudência do direito à desconexão como direito fundamental implícito; os impactos da Lei nº 13.467/2017 na temática da desconexão e quais seriam as implicações jurídicas do descumprimento do direito à desconexão.

O objetivo da presente pesquisa é demonstrar que trabalho e lazer são direitos fundamentais sociais que devem coexistir, a partir da ponderação no caso concreto, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade. Desse modo, o trabalho não poderá, em hipótese alguma, anular o direito ao lazer.

No desenvolvimento da pesquisa, inicia-se com a abordagem conceitual e histórica dos direitos fundamentais, seguida de análise do direito ao lazer como direito humano fundamental. Posteriormente, parte-se para a análise do direito à limitação razoável da jornada

de trabalho, dos impactos da Lei n.º 13.467/2017 e da inter-relação com o direito ao lazer. Ao final, aborda-se o direito à desconexão e as implicações de seu descumprimento conforme a jurisprudência dos tribunais.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos fundamentais, conforme posicionamento predominante da doutrina, são direitos do ser humano positivados no ordenamento jurídico pátrio. Em contrapartida, os direitos positivados em nível internacional são denominados direitos humanos.

São normas jurídicas com estrutura de princípio, que constituem mandamentos de otimização. Apesar da estrutura principiológica, com maior abstração, generalidade e abertura, os direitos fundamentais são normas cogentes, de aplicabilidade direta e imediata, na forma do art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Por isso, os direitos fundamentais têm tanta força normativa quanto as regras, devendo ser manejados à luz do princípio da máxima efetividade da Constituição. Aliás, prevalece na doutrina que tais direitos incidem tanto nas relações jurídicas de natureza pública (entre o indivíduo e o Estado), como nas relações privadas (entre particulares). Há, assim, eficácia vertical e horizontal.

Em termos substanciais, os direitos fundamentais têm o mesmo conteúdo que os direitos humanos: são normas que criam direitos subjetivos essenciais à consecução da dignidade da pessoa humana. Por dignidade, entenda-se a condição intrínseca ao homem de se autodeterminar conforme os seus próprios desígnios, como ser único e insubstituível.

De acordo com os ensinamentos de Immanuel Kant, o que difere o ser humano dos demais é a dignidade que lhe é inerente. Homens e mulheres não têm preço e sim dignidade, razão pela qual não podem ser substituídos por equivalentes. Além disso, todo ser humano é um fim em si mesmo, sendo inadmissível a utilização de alguém como meio para satisfazer interesses alheios.

Nesse contexto, os direitos fundamentais e humanos inicialmente tratavam de temas afetos a direitos da personalidade, direitos civis e políticos. Estes são, na classificação de Karel Vasak, os direitos de primeira geração ou dimensão.

Os antecedentes históricos dos direitos de primeira dimensão remontam ao Cilindro de Ciro, que contém declarações do Rei Persa Ciro II, de 539 a. C. Destaca-se também a Magna Carta Inglesa, de 1215.

A primeira leva dos direitos fundamentais era permeada pelo ideal de liberdade do indivíduo perante o Estado. Eram direitos sobretudo de abstenção, tais como o direito à vida, à liberdade de ir e vir, à igualdade formal (igualdade na lei e perante a lei) e à propriedade. Atualmente, estes podem ser encontrados no art. 5º da CF/88, que elenca, em rol não exaustivo, os principais direitos fundamentais de caráter abstencionista e liberal clássicos.

Com o passar do tempo, a sociedade percebeu a insuficiência dos direitos de primeira dimensão para a consecução da dignidade da pessoa humana. Apesar de eficazes para limitar os poderes do Estado sobre a vida dos cidadãos, esses direitos não eram capazes de garantir condições materiais mínimas para que as pessoas pudessem exercer as suas liberdades.

A implantação do modelo capitalista de produção e as revoluções industriais intensificaram essa percepção, na medida em que promoveram a concentração de riquezas nas mãos da classe industrial e a intensificação da exploração da classe trabalhadora. Os movimentos sociais de 1848 (Primavera dos Povos), a ascensão do Marxismo no mesmo ano e a posterior Revolução Russa, em 1917, demonstram a insatisfação da sociedade com o modelo exploratório instaurado pelos detentores dos meios de produção.

Esse panorama de luta de classes levou ao surgimento dos direitos humanos fundamentais de segunda dimensão, os direitos sociais. Diferente dos seus antecedentes históricos, os direitos sociais visam garantir condições econômicas para que o ser humano possa desenvolver as suas potencialidades.

Constatou-se que a igualdade formal nada faz além da manutenção do *status quo*. A situação socioeconômica na qual está inserido o indivíduo é fator primordial para que este possa se autodeterminar e exercer os seus direitos.

Nesse contexto, a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 foram as primeiras a positivarem direitos sociais em seus textos. Dentre eles, destacam-se os direitos à educação, à saúde e ao trabalho.

Posteriormente, com a intensificação do processo da massificação das relações sociais, exurgem os direitos de terceira dimensão. São, sobretudo, os direitos metaindividuais, tais como os direitos do consumidor, direito ao meio ambiente saudável e à autodeterminação dos povos.

Os direitos fundamentais, como visto, são fortemente marcados pela historicidade. Sua criação está intrinsecamente relacionada aos fatos históricos ocorridos no decorrer da evolução do ser humano como sociedade.

Assim, eles continuam evoluindo até os dias de hoje, de modo que os doutrinadores já reportam a existência de pelo menos mais duas gerações de direitos humanos. Porém, para fins metodológicos, esta pesquisa limitar-se-á a tratar das três primeiras dimensões, com o objetivo de contextualizar a temática nuclear, qual seja, o direito ao lazer.

Apesar da constante evolução dos direitos humanos, deve-se ressaltar que os mais novos não excluem os anteriores. Pelo contrário, os direitos humanos se complementam, de maneira cumulativa.

Aliás, esses direitos são interdependentes, ou seja, devem estar presentes em conjunto e interconectados para a garantia da dignidade da pessoa humana. Não é possível, por exemplo, a garantia de direitos ao consumidor (3ª dimensão), sem que os particulares possam gozar do direito de liberdade de contratar (1ª dimensão).

É por isso que atualmente utiliza-se a terminologia “dimensão” ao invés de “geração”. A palavra geração passa a falsa impressão de que os direitos fundamentais sucederiam uns aos outros, o que não corresponde à realidade.

Na verdade, as modalidades de direitos fundamentais são dimensões, complementares e interdependentes, de um mesmo fenômeno: a garantia da dignidade do ser humano.

Os próximos tópicos serão dedicados ao estudo do direito ao lazer, como direito humano fundamental de caráter social, assim como a sua conexão com o direito à limitação da jornada de trabalho e à desconexão.

3. LAZER COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

O direito ao lazer está intrinsecamente relacionado à consolidação do modelo capitalista de produção e da relação de trabalho como principal fonte de subsistência da humanidade. Apesar de ser extremamente comum que civilizações da antiguidade se dedicassem a atividades lúdicas e recreativas, não havia uma divisão clara entre o tempo de trabalho e o tempo de descanso.

Antes da Revolução Industrial, era comum que os trabalhadores se concentrassem na zona rural, cultivando as propriedades agrícolas em que estabeleciam residência. Não havia delimitação clara entre ambiente de trabalho e domicílio.

Além disso, a exploração da mão de obra até meados do Século XVII era muito menos intensa. Conforme assevera Braile (2001, p. 122):

O tempo livre do trabalhador não-escravo era de fato muito maior do que o trabalhador de hoje e bem maior do que o trabalhador do fim do século XVIII, quando a revolução industrial teve início. Anteriormente a ela, a cada três dias o trabalho se interrompia, para um dia de descanso ou uma espécie de feriado. A partir do fim da Idade Média, o número de horas de trabalho foi gradativamente crescendo até alcançar seu limite máximo por volta de 1800. Foi nessa época, quando o trabalho passou a ser exercido em espaços físicos especiais, durante o período de tempo específico e sob condições e regras ordenadas, cada vez mais circunscrito em centros urbanos de maior densidade populacional, é que o lazer começou a ser exigido como direito.

Portanto, o direito ao lazer, entendido como direito ao tempo livre, surge como uma conquista do proletariado. É a reação à exploração desmedida do capital sobre a mão de obra.

Conceituar lazer não é tarefa fácil. Além da escassez de estudos de qualidade a respeito do tema no Brasil, lazer é um aspecto cultural de cada povo, de modo que a sua concepção vai variar de acordo com as particularidades dos países afora.

Entretanto, entre os estudiosos do tema, o conceito mais reproduzido é o desenvolvido por DUMAZEDIER (1973, p. 34):

O lazer é um conjunto de ocupações às quais o indivíduo pode entregar-se de livre vontade, seja para repousar, seja para divertir-se, recrear-se e entreter-se ou, ainda, para desenvolver sua informação ou formação desinteressada, sua participação social voluntário ou sua livre capacidade criadora após livrar-se ou desembaraçar-se das obrigações profissionais, familiares e sociais.

Trata-se de um conceito bastante generalista, justamente para abarcar as mais diversas manifestações culturais das sociedades. Em síntese, lazer é sinônimo de tempo livre do trabalho. É quando o trabalhador não está à disposição do empregador, razão pela qual pode se dedicar às atividades que bem entender.

No Brasil, o direito ao lazer foi elevado à categoria de direito fundamental social pela Constituição da República de 1988, ao lado de dos direitos à educação, saúde, trabalho e etc². Além disso, o art. 227 da CF/88 determina que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar às crianças e aos adolescentes o direito ao lazer, com prioridade absoluta³.

² “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988).

³ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. (BRASIL, 1988).

Porém, antes disso o lazer já era previsto como direito humano em diversos diplomas internacionais. O Complemento à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Liga dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1936) prevê que o direito à vida comporta o direito ao trabalho reduzido o bastante para deixar lazeres suficientemente remunerados, a fim de que todos possam participar amplamente do bem-estar que o progresso da ciência proporciona⁴.

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 prevê que todo homem tem direito ao repouso e ao lazer, inclusive à limitação da jornada de trabalho de forma razoável⁵. Por sua vez, o Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a fim de conferir efetividade à Declaração Universal de Direitos Humanos (um dos conhecidos “Pactos de Nova York”, de 1966), previu que os Estados que o ratificassem (dentre os quais se encontra o Brasil) deveriam reconhecer a toda pessoa o direito de desfrutar de condições favoráveis de trabalho, que garantam o repouso, o lazer, a limitação razoável da duração do trabalho e férias remuneradas⁶.

O Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988), devidamente ratificado pelo Brasil, garante aos trabalhadores o repouso, o gozo de tempo livre e de férias remuneradas⁷.

Por sua vez, a legislação brasileira dispõe a respeito do direito ao lazer do idoso (artigos 3º, 20 e 23 Lei nº. 10.741/03 – Estatuto do Idoso⁸) e da criança (art. 4º, 59, 71, 124, Lei nº. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA⁹).

4 “Artigo 2 – O primeiro dos direitos do homem é o direito à vida. (...) Artigo 4 – O direito à vida comporta: a) O direito a um trabalho reduzido o bastante para deixar lazeres suficientemente remunerados, a fim de que todos possam participar amplamente do bem-estar que os progressos da ciência e da técnica tornam cada vez mais acessíveis e que uma repartição equitativa deve e pode garantir a todos”. (BRANDÃO, 2001. p. 54).

5 “Artigo XXIV: Todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive à limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas e periódicas” (Organização das Nações Unidas, 1948).

6 “Artigo 7º: Os Estados integrantes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar condições de trabalho justas e favoráveis, que garantam sobretudo: (...) d) O repouso, a limitação razoável da duração do trabalho e férias remuneradas periódicas, assim como remuneração dos feriados”. (BRASIL, 1992).

7 “Artigo 7º: Condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o anterior, pressupõe que toda pessoa goze do mesmo em condições justas, equitativas e para o que esses Estados garantirão em suas legislações, de maneira particular: (...) h) repouso, gozo do tempo livre, férias remuneradas, bem como remuneração nos feriados nacionais” (BRASIL, 1999).

8 “Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária”.

“Art. 20. O idoso tem direito a educação, cultura, esporte, lazer, diversões, espetáculos, produtos e serviços que respeitem sua peculiar condição de idade”.

“Art. 23. A participação dos idosos em atividades culturais e de lazer será proporcionada mediante descontos de pelo menos 50% (cinquenta por cento) nos ingressos para eventos artísticos, culturais, esportivos e de lazer, bem como o acesso preferencial aos respectivos locais”. (BRASIL, 2003).

Portanto, a relevância do direito ao lazer é constatada pela amplitude de seu tratamento legislativo, pela sua qualificação constitucional como direito fundamental social e pelo seu tratamento no Direito Internacional Público como um direito humano, inserindo-se na noção de mínimo existencial.

4. LAZER E JORNADA DE TRABALHO NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

Como já dito, o direito ao lazer está intimamente relacionado à limitação da jornada de trabalho. Sem tempo livre, é inviável a garantia do direito fundamental ao lazer do trabalhador. Por isso, inclusive, que a maioria dos instrumentos de direito internacional que tutelam o direito ao lazer o trazem ao lado do direito à limitação razoável da jornada de trabalho.

Além das questões relacionadas ao direito ao lazer, a limitação da jornada também visa a outros objetivos. Conforme ensina José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva, a limitação de jornada se justifica por três fatores principais: o fisiológico, o social e o econômico (SILVA, 2013, p. 37).

O primeiro aspecto diz respeito à reposição das energias despendidas no trabalho, condição *sine qua non* para a própria sobrevivência do trabalhador e para a manutenção da produção fabril. Portanto, o aspecto fisiológico diz respeito à manutenção da saúde do trabalhador.

O segundo fator está relacionado à utilização do tempo livre para o convívio social, para a realização dos projetos de vida pessoal do trabalhador. Aqui se insere, por certo, o direito ao lazer.

Em terceiro lugar, o fator econômico se relaciona à redução dos índices de desemprego. A limitação legal da jornada de trabalho implica a necessária contratação de mais trabalhadores, o que fomenta políticas de pleno emprego (SILVA, 2013, p. 39).

9 “Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.
“Art. 59. Os municípios, com apoio dos estados e da União, estimularão e facilitarão a destinação de recursos e espaços para programações culturais, esportivas e de lazer voltadas para a infância e a juventude”.
“Art. 71. A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”.
“Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes: (...)XII - realizar atividades culturais, esportivas e de lazer”. (BRASIL, 1990).

Segundo o art. 7º inciso XIII, da CR/88, a jornada de trabalho terá a duração de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais. Pela via da negociação coletiva, admite-se a redução da jornada ou a compensação de horários.

Excepcionalmente, admite-se a sobrejornada, desde que esta seja remunerada com adicional de cinquenta por cento em relação ao salário hora, nos termos do inciso XVI do art. 7º da CR/88.

Aos que realizam atividades laborais em turnos ininterruptos de revezamento, a jornada deverá ser de seis horas diárias, salvo disposição em contrário em negociação coletiva, conforme dispõe o inciso XIV do art. 7º da CR/88.

Em complemento à limitação de jornada diária e semanal, a Constituição de 1988 prevê ainda o repouso semanal remunerado (art. 7º, XV, CR/88) e o gozo de férias anuais remuneradas com pelo menos um terço a mais em relação ao salário normal (art. 7º, XVII, CR/88)¹⁰. A CLT regulamenta todos esses direitos, conforme descrito a seguir.

Em primeiro lugar, o diploma consolidado considera jornada de trabalho o tempo em que o empregado está à disposição do empregador, conforme dispõe o caput do seu art. 4º¹¹. A Lei nº. 13.467/2017 (“Reforma Trabalhista”) restringiu o conceito de tempo à disposição do empregador, motivo pelo qual acrescentou o §2º ao art. 4º da CLT e elencou uma série de atividades que não são consideradas para fins de cálculo da jornada de trabalho.

Entretanto, mesmo antes da reforma legislativa de 2017, a CLT já relativizava o tempo à disposição do empregador em duas situações, a prontidão e o sobreaviso. No primeiro caso, o empregado permanece nas dependências da empresa aguardando ordens. Assim, o trabalhador não prestará serviços propriamente ditos, mas receberá dois terços da remuneração horário normal em razão do tempo aguardando ordens. Poderá permanecer em prontidão por, no máximo, doze horas, de acordo com o previsto no art. 224, §3º da CLT¹².

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

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal” (BRASIL, 1988.)

11 Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada. (BRASIL, 1943).

12 “Art. 244. As estradas de ferro poderão ter empregados extranumerários, de sobre-aviso e de prontidão, para executarem serviços imprevistos ou para substituições de outros empregados que faltem à escala organizada. (...)

Há ainda as horas de sobreaviso, que consistem na possibilidade de o empregado permanecer em sua residência ou em outro local combinado, aguardando ordens da empresa. Nesse caso, receberá apenas um terço da remuneração da hora normal e poderá ficar nesse regime, por no máximo, vinte e quatro horas, conforme dispõe o art. 224, §2º da CLT¹³.

Apesar de as regras a respeito da prontidão e do sobreaviso restringirem tais figuras à categoria dos ferroviários, doutrina e jurisprudência vêm estendendo, por analogia, esses dispositivos às mais diversas categorias profissionais. Categorias como a dos trabalhadores de companhias aéreas e do setor de saúde comumente são mantidos em prontidão ou sobreaviso, pois são setores da economia em que o empregador precisa manter empregados em reserva, ante a necessidade constante de mão de obra ininterrupta para o correto funcionamento dos empreendimentos.

Finalmente, vale lembrar que a Reforma Trabalhista permitiu que a negociação coletiva dispusesse a respeito do regime de sobreaviso, com prevalência sobre a lei, conforme dispõe o art. 611-A, inciso VIII, da CLT¹⁴. A lei foi silente, no entanto, com relação à possibilidade de negociação alterar o instituto da prontidão. Até o momento, não é possível delimitar em que medida a liberdade negocial relativa ao tempo em sobreaviso será considerada constitucional pelos tribunais pátrios.

Retornando à análise das regras de limitação da jornada da CLT, de acordo com o caput do art. 59, com redação dada pela Reforma Trabalhista, a duração diária do trabalho poderá ser acrescida de até duas horas extras, via acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho. O parágrafo segundo do referido artigo prevê o banco de horas anual, que deverá ser fixado via negociação coletiva. Por meio do banco de horas, permite-se a compensação de horas suplementares realizadas em até um ano, desde que a jornada diária não exceda a dez horas.

Por sua vez, a Reforma Trabalhista previu o “banco de horas semestral”, que poderá ser criado por acordo individual escrito e permite a compensação de horas suplementares em

§ 3º Considera-se de "prontidão" o empregado que ficar nas dependências da estrada, aguardando ordens. A escala de prontidão será, no máximo, de doze horas. As horas de prontidão serão, para todos os efeitos, contadas à razão de 2/3 (dois terços) do salário-hora normal". (BRASIL, 1943).

13 “Art. 244. As estradas de ferro poderão ter empregados extranumerários, de sobre-aviso e de prontidão, para executarem serviços imprevistos ou para substituições de outros empregados que faltem à escala organizada.

(...)

§ 2º Considera-se de "sobre-aviso" o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de "sobre-aviso" será, no máximo, de vinte e quatro horas. As horas de "sobre-aviso", para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal. (BRASIL, 1943).

14 “Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: (...)

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente”; (BRASIL, 1943).

até seis meses (art. 59, §5º, CLT). A inovação legislativa de 2017 dispôs também sobre a compensação de horas mensal, que poderá ocorrer mediante acordo individual, tácito ou escrito (art. 59, §6º, CLT15).

Outra mudança advinda da Reforma Trabalhista foi a permissão legal à fixação da jornada 12x36 por acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, observado ou indenizado os intervalos para repouso e alimentação (art. 59-A, CLT16). Ademais, fixou-se que a prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação de jornada e o banco de horas.

Boa parte da doutrina considera essas disposições inconstitucionais, já que, como dito anteriormente, a Constituição da República prevê que a compensação de horários depende de negociação coletiva, sem ressalvas. Além disso, a Reforma Trabalhista desvinculou a prestação de hora extra do seu caráter excepcional e liberou a realização de forma habitual, o que viola o limite de jornada de trabalho de 8h diárias e 44h semanais, com assento na Carta Magna. Entretanto, o tema não é objeto do presente trabalho, razão pela qual não será tratado com minúcia.

Retornando à análise das limitações à jornada de trabalho na CLT, verifica-se que o art. 66 prevê que entre duas jornadas diárias deverá haver um intervalo mínimo de onze horas.

Além disso, o art. 6717 prevê o repouso semanal remunerado de vinte e quatro horas consecutivas, o qual, salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa, deverá coincidir com o domingo. O art. 7018 dispõe ser vedado trabalhar em feriados nacionais ou religiosos, salvo exceções previstas na CLT.

15 “Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho. (...)”

§ 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.

§ 5º O banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses.

§ 6º É lícito o regime de compensação de jornada estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação no mesmo mês”. (BRASIL, 1943).

16 “Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação (BRASIL, 1943).

17 “Art. 67 - Será assegurado a todo empregado um descanso semanal de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, o qual, salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa do serviço, deverá coincidir com o domingo, no todo ou em parte.” (BRASIL, 1943).

18 “Art. 70 - Salvo o disposto nos artigos 68 e 69, é vedado o trabalho em dias feriados nacionais e feriados religiosos, nos termos da legislação própria”. (BRASIL, 1943).

O art. 7119, por sua vez, prevê o intervalo intrajornada para repouso e alimentação, que deverá ser gozado por todo trabalhador com jornada superior a quatro horas diárias. Quando a jornada ultrapassar quatro horas, mas não exceder seis horas, o intervalo será de quinze minutos. Caso a jornada exceda seis horas, o intervalo será de no mínimo uma e no máximo duas horas.

Ocorre que a Reforma Trabalhista também permitiu que negociação coletiva alterasse a duração do intervalo intrajornada, desde que respeitado o limite mínimo de trinta minutos (art. 611-A, III, CLT20). Tal dispositivo contrasta com o disposto no art. 71, §3º da CLT21, mantido intacto pela Reforma Trabalhista, segundo o qual a redução do intervalo intrajornada dependeria de autorização do Ministério do Trabalho e de existência de refeitórios nas dependências do empregador. Não se sabe ainda como tal impasse será tratado pelos tribunais, tema que não será aprofundado no presente trabalho, pois foge ao escopo da pesquisa.

Finalmente, cabe tratar do direito de férias, outra limitação relevante à jornada de trabalho. Conforme prevê o art. 130 da CLT22, a cada período de doze meses de vigência do contrato de trabalho, o empregado fará jus a férias de trinta dias, caso não haja faltado ao serviço injustificadamente por mais de cinco vezes. Os incisos do artigo trazem o número de dias de férias para os trabalhadores que tenham se ausentado mais dias durante o ano sem motivo.

19 “Art. 71 - Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.

§ 1º - Não excedendo de 6 (seis) horas o trabalho, será, entretanto, obrigatório um intervalo de 15 (quinze) minutos quando a duração ultrapassar 4 (quatro) horas.

§ 2º - Os intervalos de descanso não serão computados na duração do trabalho”. (BRASIL, 1943).

20 “Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: (...)

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas” (BRASIL, 1943).

21 “§ 3º O limite mínimo de uma hora para repouso ou refeição poderá ser reduzido por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quando ouvido o Serviço de Alimentação de Previdência Social, se verificar que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios, e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares”. (BRASIL, 1943.)

22 “Art. 130 - Após cada período de 12 (doze) meses de vigência do contrato de trabalho, o empregado terá direito a férias, na seguinte proporção:

I - 30 (trinta) dias corridos, quando não houver faltado ao serviço mais de 5 (cinco) vezes

II - 24 (vinte e quatro) dias corridos, quando houver tido de 6 (seis) a 14 (quatorze) faltas

III - 18 (dezoito) dias corridos, quando houver tido de 15 (quinze) a 23 (vinte e três) faltas

IV - 12 (doze) dias corridos, quando houver tido de 24 (vinte e quatro) a 32 (trinta e duas) faltas

§ 1º - É vedado descontar, do período de férias, as faltas do empregado ao serviço

§ 2º - O período das férias será computado, para todos os efeitos, como tempo de serviço”.(BRASIL, 1943).

As férias serão concedidas por ato do empregador, na época que lhe for conveniente (art. 136, CLT23), em um só período, nos doze meses subsequentes à data em que o empregado adquiriu o direito (art. 134, CLT24). Entretanto, desde que haja concordância do empregado, as férias poderão ser usufruídas em até três períodos, sendo que um deles não poderá ser inferior a quatorze dias corridos e os demais não poderão ser inferiores a cinco dias corridos, cada um (art. 134, §1º, CLT, com redação dada pela Lei nº. 13.467/201725).

A CLT prevê ainda a hipótese de concessão de férias coletivas (art. 13926) e a “venda” de um terço das férias, mediante pagamento de abono de férias (art. 14227). O abono de férias é direito potestativo do empregado, ou seja, não pode ser alvo de oposição pelo empregador.

Em apertada síntese, essas são as principais normas voltadas à limitação da jornada do empregado no direito brasileiro. São essas as disposições que visam garantir o direito ao tempo livre e ao lazer.

Entretanto, há certos empregados que, diante das peculiaridades das atividades que desempenham, foram excluídos do controle de jornada. É o caso do empregado que realiza teletrabalho, conforme mudança implementada pela Reforma Trabalhista (art. 62, III, CLT), do gerente (art. 62, II, CLT) e do trabalhador externo, que exerce rotina de trabalho incompatível com a fixação de jornada (art. 62, I, CLT28). Apesar de a CLT expressamente

23 “Art. 136 - A época da concessão das férias será a que melhor consulte os interesses do empregador”. (BRASIL, 1943).

24 “Art. 134 - As férias serão concedidas por ato do empregador, em um só período, nos 12 (doze) meses subsequentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito”. (BRASIL, 1943).

25 “§ 1º Desde que haja concordância do empregado, as férias poderão ser usufruídas em até três períodos, sendo que um deles não poderá ser inferior a quatorze dias corridos e os demais não poderão ser inferiores a cinco dias corridos, cada um”. (BRASIL, 1943).

26 “Art. 139 - Poderão ser concedidas férias coletivas a todos os empregados de uma empresa ou de determinados estabelecimentos ou setores da empresa”. (BRASIL, 1943).

27 “Art. 142 - O empregado perceberá, durante as férias, a remuneração que lhe for devida na data da sua concessão.

§ 1º - Quando o salário for pago por hora com jornadas variáveis, apurar-se-á a média do período aquisitivo, aplicando-se o valor do salário na data da concessão das férias.

§ 2º - Quando o salário for pago por tarefa tomar-se-á por base a média da produção no período aquisitivo do direito a férias, aplicando-se o valor da remuneração da tarefa na data da concessão das férias.

§ 3º - Quando o salário for pago por percentagem, comissão ou viagem, apurar-se-á a média percebida pelo empregado nos 12 (doze) meses que precederem à concessão das férias.

§ 4º - A parte do salário paga em utilidades será computada de acordo com a anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social.

§ 5º - Os adicionais por trabalho extraordinário, noturno, insalubre ou perigoso serão computados no salário que servirá de base ao cálculo da remuneração das férias.

§ 6º - Se, no momento das férias, o empregado não estiver percebendo o mesmo adicional do período aquisitivo, ou quando o valor deste não tiver sido uniforme será computada a média duodecimal recebida naquele período, após a atualização das importâncias pagas, mediante incidência dos percentuais dos reajustamentos salariais supervenientes”. (BRASIL, 1943).

28 “Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

excluir esses empregados das regras de limitação de jornada, é importante esclarecer que o texto consolidado não os priva do direito a férias.

Boa parte da doutrina entende que a exclusão desses trabalhadores do controle de jornada é inconstitucional, pois o direito à jornada de até oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais (art. 7º, XIII, CF/88) é garantido a todo e qualquer trabalhador. Entretanto, os dispositivos se encontram vigentes, sendo que, à exceção do teletrabalho, que ainda não se encontra devidamente amadurecido pela jurisprudência (fruto da Lei n.º 13.467/2017), as demais hipóteses são interpretadas pelos tribunais no sentido de excluir o direito ao pagamento de horas extras apenas quando demonstrada a incompatibilidade de controle da jornada no caso concreto, recaindo tal ônus sobre o empregador.

Devido à complexidade do tema, não há espaço para o seu desenvolvimento neste artigo. Para a compreensão da relação histórica entre lazer a trabalho é suficiente o panorama legislativo fornecido neste tópico.

5. DIREITO À DESCONEXÃO

Conforme visto acima, o ordenamento jurídico confere ao empregado direito a tempo livre, por meio de normas que restringem a duração da jornada de trabalho a períodos razoáveis. Essa situação só foi atingida após muita luta da classe trabalhadora, que teve de se unir para superar a mentalidade escravocrata do empresariado brasileiro e conquistar a ferro e fogo os direitos trabalhistas atualmente positivados²⁹.

Ocorre que o impressionante progresso tecnológico experimentado pela humanidade nas últimas décadas tem ameaçado a sobrevivência do direito à limitação de jornada, devido aos inúmeros abusos perpetrados pelos empregadores. Ferramentas como *e-mail*, *smartphones* e *notebooks* permitiram a conexão do empregado com o seu trabalho em tempo integral.

Os direitos ao tempo livre e ao lazer implicam o desligamento completo do empregado de seu trabalho, com liberdade de deslocamento ilimitada. Caso contrário, haveria, em

I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;

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

III - os empregados em regime de teletrabalho;

Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento).”(BRASIL, 1943).

²⁹ No Brasil, por exemplo, a primeira lei que fixava o horário de trabalho de empregados foi criada no município do Rio de Janeiro, a Lei Municipal n.º 1.350, de 31/10/1911.

verdade, tempo à disposição do empregador, aprofundando-se a mais-valia que permeia as relações de trabalho.

Nesse contexto, o Professor Jorge Luís Souto Maior (2003), um dos primeiros juristas a escrever sobre o direito à desconexão, demonstra que a preocupação aparentemente surreal com o tema é um paradoxo do mundo do trabalho. Em suas palavras:

Mas, esta preocupação é em si mesma um paradoxo, revelando, como dito, as contradições que marcam o nosso ‘mundo do trabalho’.

A primeira contradição está, exatamente, na preocupação com o não-trabalho em um mundo que tem como traço marcante a inquietação com o desemprego.

A segunda, diz respeito ao fato de que, como se tem dito por aí à boca pequena, é o avanço tecnológico que está roubando o trabalho do homem, mas, por outro lado, como se verá, é a tecnologia que tem escravizado o homem ao trabalho.

Em terceiro plano, em termos das contradições, releva notar que se a tecnologia proporciona ao homem uma possibilidade quase infinita de se informar e de estar atualizado com seu tempo, de outro lado, é esta mesma tecnologia que, também, escraviza o homem aos meios de informação, vez que o prazer da informação transforma-se em uma necessidade de se manter informado, para não perder espaço no mercado de trabalho.

E, por fim, ainda no que tange às contradições que o tema sugere, importante recordar que o trabalho, no prisma da filosofia moderna, e conforme reconhecem vários ordenamentos jurídicos, dignifica o homem, mas sob outro ângulo, é o trabalho que retira esta dignidade do homem, impondo-lhe limites enquanto pessoa na medida em que avança sobre a sua intimidade e a sua vida privada (MAIOR, 2003, p. 296).

Pode-se conceituar o direito à desconexão como o direito ao não-trabalho na sociedade pós-moderna (MAIOR, 2003, p. 297). Ou seja, é o direito de todo empregado de se desligar completamente do trabalho nos intervalos, nos dias de férias, feriados e etc. (ALMEIDA; SEVERO, 2014).

O direito à desconexão do trabalho não se confunde com o direito aos descansos dentro e fora da jornada de trabalho, ainda que esses limites legais do tempo de trabalho sirvam para a sua adequada conformação. O direito à desconexão vai além do aspecto meramente cronológico inerente aos descansos regulamentares e adentra à esfera psíquica do ser humano obreiro (BRAGA, 2015, p. 123).

O direito à desconexão estaria, pois, implícito na análise conjunta dos direitos fundamentais à limitação de jornada de trabalho (art. 7º, CR/88) e ao lazer (art. 6º, CR/88). Conforme lecionam os doutrinadores Almeida e Severo:

Dentro desta realidade, dois direitos fundamentais se complementam e assumem especial importância: o direito à limitada duração do trabalho e o direito à desconexão. [...] O direito à desconexão se inscreve, por conseguinte, tanto no art. 6º quanto no art. 7º da Constituição (ALMEIDA; SEVERO, 2014).

Por tal motivo, muito embora não conste expressamente no Título II da Constituição da República, o direito à desconexão deve ser tido como direito fundamental a partir da leitura da cláusula de abertura material contida no artigo 5º, § 2º do texto constitucional, que dispõe que os direitos e garantias constitucionais não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, incluindo os tratados dos quais o Brasil faça parte.

Apesar de não haver legislação específica tratando do direito à desconexão, esta é garantida a partir da análise conjunta dos dispositivos constitucionais que garantem o direito ao lazer e à limitação da jornada de trabalho. É, pois, um direito fundamental implícito, na forma do disposto no art. 5º, §2º, da CR/88, com amparo doutrinário e jurisprudencial.

A Lei nº. 12.551/2011, que alterou o artigo 6º da CLT30 e equiparou os meios telemáticos aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho, representou importante contribuição para a noção de desconexão. Isso porque a base do direito à desconexão está justamente nos meios telemáticos de comunicação aplicados às relações de trabalho. São eles que viabilizam a constante conexão do empregado ao trabalho, de modo que a sua utilização em períodos de folga deve ser entendida como tempo à disposição do empregador, devidamente remunerado, na forma do art. 4º, caput, da CLT31.

Contudo, registre-se que o direito à desconexão foi deveras restringido pela Súmula n.º 428 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), segundo a qual:

SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

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 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” (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2012).

É de se ressaltar, entretanto, que o direito à desconexão tem sido cada vez mais referido pela jurisprudência, especialmente nos casos em que o trabalhador tem o seu direito de locomoção de alguma forma tolhido por aguardar ordens do empregador. Em situações

30 “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.

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” (BRASIL, 1943).

31 Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada. (BRASIL, 1943.).

como essas, as decisões dos tribunais têm sido bastante divergentes, variando da condenação do empregador ao pagamento de horas de sobreaviso, nos termos do art. 224, §3º32, da CLT já citado neste trabalho, horas extras, até a condenação em danos morais^{33 34}.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução da sociedade tornou insuficiente a mera limitação legal da jornada de trabalho para a consecução do direito ao lazer. Como já dito, as tecnologias da informação e comunicação permitiram que o trabalhador realizasse suas atividades em qualquer lugar, a qualquer tempo, ultrapassando-se os limites das dependências da empresa.

Com isso, a limitação do horário de trabalho, fruto de intensa luta de classes nos Séculos XIX e XX, deixou de promover a reposição de energias e o lazer do trabalhador, já que este passou a ser obrigado a permanecer conectado ao labor por meio de *e-mails*, *smartphones* e *notebooks*, mesmo nos intervalos, nos fins de semana e nos feriados. Nesse contexto, verifica-se verdadeiro choque entre direitos fundamentais: de um lado, o direito à livre iniciativa, à liberdade de contratação do empregador; de outro, o valor social do trabalho, o direito ao lazer, à jornada limitada no tempo e à saúde do empregado.

Como ensina ALEXY (2008, p. 117), em situações nas quais ocorre colisão de direitos fundamentais, normas com estrutura de princípio, verdadeiros mandamentos de otimização, a saída do operador do direito deve ser a ponderação dos direitos no caso concreto. Deve-se, pois, aplicar o sobreprincípio da proporcionalidade para resolver o embate

32 “Art. 244. As estradas de ferro poderão ter empregados extranumerários, de sobre-aviso e de prontidão, para executarem serviços imprevistos ou para substituições de outros empregados que faltem à escala organizada.

(...)

§ 3º Considera-se de "prontidão" o empregado que ficar nas dependências da estrada, aguardando ordens. A escala de prontidão será, no máximo, de doze horas. As horas de prontidão serão, para todos os efeitos, contadas à razão de 2/3 (dois terços) do salário-hora normal”. (BRASIL, 1943).

33 DIREITO À DESCONEXÃO. VIOLAÇÃO. DANO MORAL. O direito à desconexão ou ao tempo livre (para descanso, lazer etc.) é um direito fundamental expressamente previsto na Constituição Federal e em diversos diplomas legais internacionais, que tem por objetivo a preservação: (a) do trabalhador – sob as vertentes fisiológica, psicológica, política e espiritual; (b) da sociedade – sob a vertente econômica. A violação ao direito à desconexão ofende os direitos da personalidade e caracteriza dano moral”. (TRT-24 – RO 00009495820105240041 MS. Relator Juiz Convocado Júlio César Bebber. 1ª Turma. DJE 22/05/2014).

34 “HORAS EXTRAS. ADICIONAL DE SOBREAVISO. DIREITO À DESCONEXÃO. Em que pese o artigo 244 da CLT referir-se à categoria dos ferroviários, quanto ao adicional de sobreaviso, nada impede a sua aplicação a empregados que exercem outras atividades, por analogia, ainda mais que se trata de norma de proteção à saúde e higidez do empregado. Nestes termos, inclusive, a súmula nº 428 do c.TST. A qualquer cidadão é garantido o direito constitucional ao lazer, ao descanso, sendo este imprescindível inclusive para a higidez física e mental de qualquer ser humano. Assim, manter o trabalhador conectado ao trabalho nos momentos em que deveria descansar, fere o que modernamente vem sendo chamado de direito à desconexão do empregado” (TRT-1 – RO 000698117220145010482 RJ. Relator Des. Leonardo Dias Borges. 10ª Turma. DJE 04/10/2017).

de princípios, adotando-se medida adequada, necessária e estritamente proporcional (SILVA, 2002, p. 29-30).

Pois bem, na situação objeto do presente artigo, a ponderação no caso concreto demonstra que é necessária a garantia ao direito à desconexão como forma de equalizar trabalho e lazer. Não se pode falar em gozo pleno do direito ao lazer sem o efetivo desligamento do empregado nos intervalos das jornadas de trabalho.

Assim, o direito à desconexão surge como medida adequada, necessária e estritamente proporcional para equalizar a exploração do capital sobre o trabalhador na Era da Informação. O direito de se desconectar das atividades laborais e tomar conta da própria vida é o que difere o trabalhador do escravo. A livre iniciativa não pode, pois, fazer uso de recursos tecnológicos para anular as conquistas históricas da classe trabalhadora.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. **Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho**. São Paulo: LTr, 2014.
- AQUINO, Cássio; MARTINS, José. **Ócio, lazer e tempo livre na sociedade do consumo e do trabalho**, Revista Mal-Estar e Subjetividade – Vol. VII – Nº 2 – p. 479-500 – Fortaleza, 2007. Disponível em: < <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/malestar/v7n2/13.pdf>>. Acesso em 12 de novembro de 2018.
- ARISTÓTELES. **Política**. Madrid: Gredos, 1988.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BRAGA, Eduardo Souza. **Direito à desconexão do trabalho como instrumento de proteção à saúde do trabalhador**. 2015. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 2015. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/136054>>. Acesso em 15 de novembro de 2018.
- BRAILE, CARLOS ALBERTO. Lazer: o direito à preguiça ressurgente. Revista Mediações. Londrina, v. 6, n. 2. pp. 117-147. jul/dez.2001. Disponível em.: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/viewFile/9123/7694>>. Acesso em 03 de abril de 2019.
- BRANDÃO, Adelino. **Os Direitos Humanos. Antologia de Textos Históricos**. São Paulo: Landy, 2001.
- BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de dezembro de 2018.
- _____. **Decreto nº 591 de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em 12 de dezembro de 2018.

_____. **Decreto nº 3321 de 30 de dezembro de 1999**. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1999/decreto-3321-31-dezembro-1999-370144-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 12 de dezembro de 2018.

_____. **Lei nº. 10.741 de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741compilado.htm>. Acesso em 13 de dezembro de 2018.

_____. **Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em 13 de novembro de 2018.

_____. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1 maio. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 10 de dezembro de 2018.

_____. **Lei 12.551 de 15 de dezembro de 2011**. Altera o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 dez. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112551.htm>. Acesso em: 10 de dezembro de 2018.

_____. **Lei 13.467 de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm>. Acesso em: 10 de dezembro de 2018.

CABEZA, Manuel Cuenca. **O Ócio Autotélico**. Revista do Centro de Pesquisa e Formação, n. 2. São Paulo, SESC, maio 2016. p. 17. Disponível em: <<https://www.sescsp.org.br/files/artigo/f0424b9b-7e21-4e59-a24f-9dd945f7c200.pdf>>. Acesso em 12 de novembro de 2018.

CALVET, Otavio Amaral. **A eficácia horizontal imediata do direito social ao lazer nas relações privadas de trabalho**. 2005. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Reflexos do avanço da tecnologia e da globalização nas relações de trabalho: novas profissões e métodos de execução de trabalho**. Parte II. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, Rio de Janeiro, jul.-dez./2010.

DUMAZEDIER, Joffre. **Lazer e Cultura Popular**. São Paulo: Perspectiva, 1973.

FARIA, José Henrique de; RAMOS, Cinthia Letícia. **Tempo dedicado ao trabalho e tempo livre: os processos sócio-históricos de construção do tempo de trabalho**. RAM, Rev. Adm. Mackenzie, São Paulo, v. 15, n. 4, p. 47-74, Agosto/2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-69712014000400003&lng=en&nrm=iso.

Acesso em 12 de novembro de 2018.

HARFF, Rafael Neves. **Direito à desconexão: estudo comparado do direito brasileiro com o direito francês.** Revista eletrônica: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações. Porto Alegre, v. 13, n. 205, p. 53-74, jul. 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/110510/2017_harff_rafael_direito_desconexao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 15 de novembro de 2018.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Do direito à desconexão do trabalho.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n.23, p.296-313, 2003. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/108056/2003_maior_jorge_direito_desconexao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 15 de novembro de 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.** Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em 12 de dezembro de 2018.

PADILHA, V. **Shopping Center: a catedral das mercadorias e do lazer reificado.** 2003. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2003.

ROIG, Diego de Oliveira. **Uma Breve História do Ócio.** Tese de Conclusão de Curso (Graduação em Educação Física). Universidade Estadual de Campinas, 2004.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **Flexibilização da jornada de trabalho e a violação do direito à saúde do trabalhador: uma análise comparativa dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol.** São Paulo: LTr, 2013.

SILVA, Vírgilio Afonso da. **O proporcional e o razoável.** Revista dos Tribunais 798, 2002. Tribunal Superior do Trabalho (TST). **Súmula nº 428.** Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-428>. Acesso em 16 de novembro de 2018.

Data de submissão: 15 de setembro de 2020.

Data de aprovação: 25 de novembro de 2020.