

## USO IMODERADO DO CELULAR, DO WHATSAPP, REDES SOCIAIS EM GERAL E A JUSTA CAUSA

Adriano Augusto Fidalgo<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de discorrer e debater sobre o uso dos celulares no ambiente do trabalho, além dos acessos aos comunicadores instantâneos e às redes sociais, e as suas implicações na órbita trabalhista (no horário de expediente), bem como os reflexos daí decorrentes, em especial a dispensa por justa causa. O texto parte de uma breve revisão bibliográfica, jurisprudencial e analítica de notícias sobre o tema.

Palavras-chave: justa causa trabalhista; redes sociais; poder diretivo do empregador; uso do celular; Whatsapp.

### INTRODUÇÃO

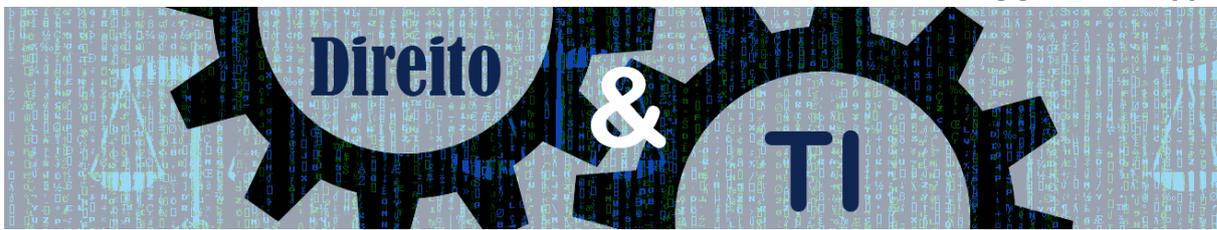
Hodiernamente, na era da informação, os celulares deixaram de ser uma extensão da telefonia fixa e se tornaram um complexo emaranhado autônomo multimídia. Em tempo real se tem acesso à internet, máquina fotográfica, agenda, câmera fotográfica e de vídeo, rádio, cronometro, GPS e etc., enfim, com acesso as redes sociais, jogos, aplicativos de tudo o que é tipo e com atualizações diárias.

Ora, esse leque de possibilidades, por sua vez, distrai os que tenham inclusive disciplina militar ou de monge. O que tem gerado enormes prejuízos ao empresariado, à economia em termos macros e micros, dada a perda do tempo útil ou produtivo, fenômeno epidêmico, observado nas pequenas, médias e grandes empresas. Nas redes de computadores internas as empresas mais prevenidas já bloquearam alguns acessos e controlam os e-mails corporativos, mas e como fazer nos celulares dos colaboradores?

Por certo, as novas tecnologias trazem novos desafios para o Direito do Trabalho, mas há meios de se ponderar tais excessos, notadamente, com o necessário esteio do Direito Digital, de modo a moldar as condutas patronais e dos empregados, conforme destacou Luis Carlos Moro<sup>1</sup>:

Um dos aspectos mais interessantes que as novas tecnologias de informação têm proporcionado à sociedade diz respeito aos seus efeitos no contrato de trabalho.

<sup>1</sup> Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade São Francisco. Especialista em Direito Tributário pela Escola Superior de Advocacia da OAB/SP. MBA (Master Business Administration) em Auditoria pela Universidade Nove de Julho. Especializando (Lato Sensu) em Computação Forense pela Universidade Mackenzie. Coordenador da Comissão de Direito do Consumidor, da Subseção da OAB/Santana. Membro Efetivo da Comissão de Direito Eletrônico e Crimes de Alta Tecnologia da OAB/SP. Curso de extensão pela FGV: “Fundamentos da Gestão de TI”. Curso de extensão pela FGV. “Processo de Comunicação e Comunicação Institucional”. Email: fidalgo@aasp.org.br.



Novos dilemas surgem a partir da compreensão de que o ser humano passou a manter, com o advento da internet e das redes sociais, duas dimensões de existência a real e a virtual.

Conforme pesquisa divulgada, em 15/09/15, o Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br)<sup>ii</sup>, divulgou a seguinte pesquisa, dando conta do crescimento do uso dos celulares, o que já se encontra defasado, considerando a situação presente, já que a pesquisa fora efetivada em 2014:

A TIC Domicílios 2014 revela um crescimento significativo do uso da Internet pelo celular. O percentual de brasileiros com 10 anos ou mais que acessou a rede por meio do aparelho mais do que triplicou nos últimos três anos: em 2011, essa proporção era de 15%, chegando a 47% em 2014. A pesquisa investigou, pela primeira vez, os dispositivos utilizados pelos indivíduos para acessar a Internet, constatando a preferência pelo telefone celular (76%) – foi mais citado do que o computador de mesa (54%), *notebook* (46%) e *tablet* (22%). Além disso, 84% dos usuários de Internet pelo celular afirmaram acessá-la todos os dias ou quase todos os dias.

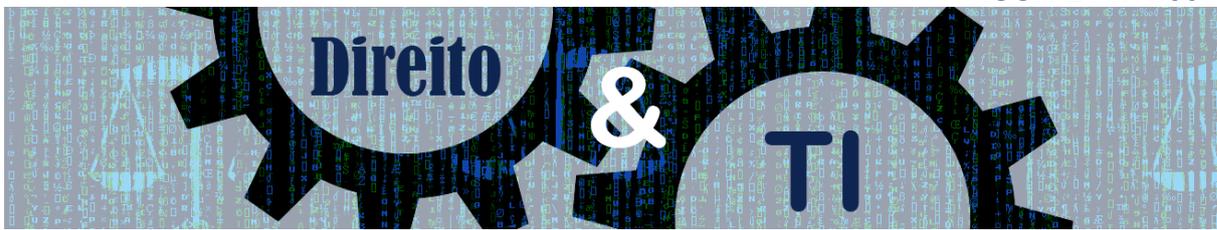
Portanto, a dependência do *smartphone*, que por vezes inclusive pode ser patológica<sup>iii</sup>, além de, eventualmente, causar danos ao indivíduo, de outro turno, causa danos incomensuráveis à economia, por certo. Desta maneira, ocorrendo os abusos, precedidos de advertências verbais e todo o rito comum de uma eventual justa causa, por elementares, deve-se tal caminho se seguir antes da rescisão laboral<sup>iv</sup>. E vale dizer, sequer se adentrará na rescisão do contrato de trabalho por agressões dos empregados perante os empregadores, nas redes sociais<sup>v</sup>, o que, em tese, inclusive pode ocorrer dentro da jornada de trabalho, com o uso do celular, no horário de expediente.

## 1 CASUÍSTICA

Tal situação já vem chegando as raias do Judiciário. Em notícia recente, comentada por Luínor Miranda, verificou-se que:

Em recente decisão, a 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho criou forte precedente ao julgar o Recurso de Revista da GRI - Gerenciamento de Resíduos Industriais Ltda., interposto contra acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. A segunda instância trabalhista deu provimento ao Recurso Ordinário de uma mulher para reconhecer o seu direito à indenização por danos morais, materiais e estéticos. Os ministros entenderam, por unanimidade, que a culpa pelo acidente foi exclusivamente da vítima, que agiu com negligência ao tentar pegar o seu aparelho celular que havia caído na prensa.

Algumas empresas, notadamente as do ramo da construção civil, já têm proibido o uso do celular ou quaisquer outros dispositivos similares nos canteiros de obras. O



Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção e do Mobiliário de Brasília e o Sindicato da Indústria da Construção Civil do DF (Sinduscon-DF) entabularam um Termo Aditivo à Convenção Coletiva de Trabalho de 2014/2015, com vistas a garantir mais segurança e saúde no ambiente laboral.<sup>vi</sup>

Segundo o referido autor:

Embora ainda não exista legislação específica que discipline a matéria, a empresa pode, por meio do regimento interno, criar normas para uso do celular durante o expediente, mormente quando este se torna excessivo e prejudicial ao desempenho do trabalho. O empregado que transgredir as regras impostas pelo empregador corre o risco de sofrer as sanções impostas pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que vai da advertência até a dispensa com justa causa.

Os motivos que podem ensejar a justa causa estão elencados no artigo 482 da CLT. Dentre eles, destaca-se a desídia no desempenho da função e o ato de indisciplina ou de insubordinação. O empregado pode cometer uma dessas faltas graves quando do uso do celular durante o trabalho, seja por agir com negligência e desinteresse no cumprimento das suas tarefas ou por desobedecer ao regimento interno de conduta da empresa.<sup>vii</sup>

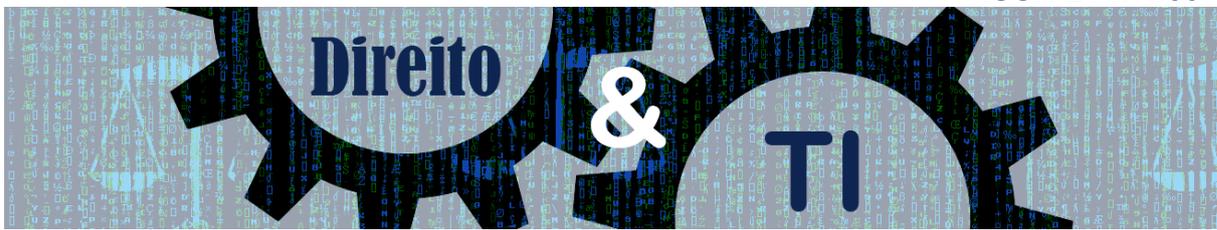
O mesmo se aplica no que se refere ao Whatsapp ou navegação em redes sociais. Conforme defendido, no primeiro caso, pelo advogado Thiago Jácomo<sup>viii</sup>, ao explicitar que:

Além disso, existem algumas hipóteses em que, dependendo do contexto, o empregador poderá dispensar seu empregado por justa causa, em decorrência do mau uso do *whatsapp*. Um exemplo de falta grave, suscetível de configuração de justa causa, é a desídia. Essa pode ser aplicada ao empregado que perde tempo e produtividade, em decorrência do uso desse, ou de qualquer outro aplicativo, durante a jornada de trabalho e que, mesmo após alertas mais brandos do empregador, não muda seu comportamento.

Outra falta grave, de acordo com a CLT, é a insubordinação: imagine que o empregador estabeleça regras expressas de que é proibida a utilização desse aplicativo durante o horário de trabalho e, mesmo assim, percebe que o empregado as ignora. Nesse caso, a depender do contexto, o empregado poderá ser dispensado por justa causa.

Desta forma, transita-se em situações limítrofes onde se deverá identificar o que pode ou não pode ser monitorado<sup>ix</sup> ou controlado. O que é importante é a empresa regulamentar internamente a situação e definir políticas de uso. Mas, por certo, os abusos estão ocorrendo e isso tem que ser coibido.

## 2 DISCIPLINA LEGAL



Antes de tudo, vale dizer que, o empregador tem a prerrogativa do poder de direção dentro da empresa, ao passo que, o trabalhador, voluntariamente, está submisso em grau de subordinação, ademais suas intersecções são evidentes, como bem destacou Amauri Mascaro Nascimento<sup>x</sup>:

Subordinação e poder de direção são verso e reverso da mesma medalha. A subordinação é a situação em que fica o empregado. O poder de direção é a faculdade mantida pelo empregador. Ambas se completam. O empregado é um subordinado que porque ao se colocar nessa condição consentiu por contrato que o seu trabalho seja dirigido por outrem, o empregador. Este pode dar ordens de serviço. Pode dizer ao empregado de que modo deverá trabalhar, o que deverá fazer, em que horário, em que local etc. Não será demais lembrar aqui um conceito que ajuda a compreender esse problema. O contrato de trabalho é um contrato de atividade. Isso quer dizer que a atividade de alguém é dirigida por outrem mediante salário.

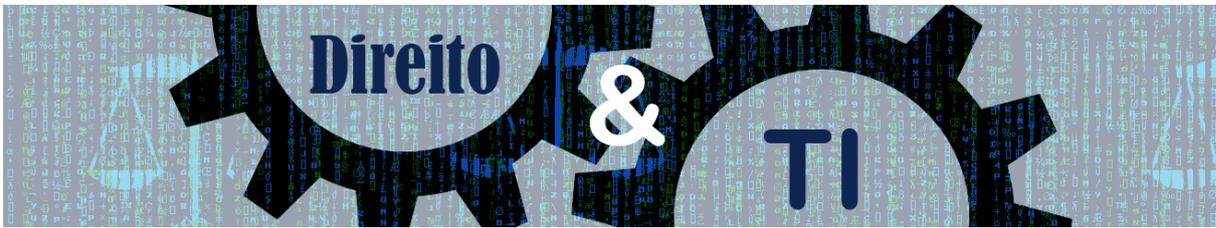
A CLT, em seu artigo 2º define que: “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.”

Daí salta o poder diretivo do empregador, que tem seus desdobramentos nos correlatos poder de organização, poder de controle e poder disciplinar, espécies dos quais o primeiro é gênero.

Desta forma, ocorrendo o abuso no uso dos equipamentos tecnológicos se averiguará a gravidade do caso. Além do questionamento se a empresa deu treinamento para o funcionário sobre aquele tema, se há regulamento interno admitindo ou restringindo o uso dos telefones, assim como, se há termo ou código de conduta específico sobre a proibição total ou limitação do uso de tais aparelhos dentro da empresa e em que horários ou condições.

Antes de qualquer apenamento, mais grave, deverá o empregado ser advertido da conduta inadequada. E dependendo da situação até ser suspenso. Antes de se chegar a fatal dispensa por justa causa, conforme motivos expressos no artigo 482<sup>xi</sup>, da CLT. De modo que, para se chegar a tal conclusão, cumpre averiguar se ocorrerão todos os princípios inerentes à justa causa, como o da falta grave, como o da taxatividade, como o da imediatividade, como o da causalidade, como o do prequestionamento, como o da proporcionalidade e, por fim, o da isonomia de tratamento, como bem versados por Luiz Paes de Almeida<sup>xii</sup>.

Por outro prisma, a jurisprudência ainda pouco se pronunciou sobre o assunto, até pela evolução dos dispositivos móveis ser recente, de certo modo, mas a doutrina tem caracterizado o uso abusivo dos aparelhos de telefonia móvel como enquadrados em desídia do empregado no desempenho das funções (art. 484, *e*, da CLT), ato de indisciplina ou insubordinação (art. 484, *e*, da CLT), mas também crê-se possível, inclusive, o enquadramento como ato de improbidade (art. 484, *a*,



da CLT). E, em tese, tais combinações acima, também podem ocorrer com a prática constante de jogos de azar, disponíveis nos aparelhos, com espeque no art. 484, I, da CLT.

De outra frente não pode o funcionário reclamar de eventual violação à sua privacidade ou intimidade, pois ele está ali a disposição do empregador. Cabendo por analogia, o que bem especificou Sérgio Pinto Martins<sup>xiii</sup> sobre o uso do e-mail, pois, dessa forma, também há desperdício do tempo produtivo, como se vê:

Durante o horário do trabalho, o empregado está à disposição do empregador. Deve produzir aquilo que o empregador lhe pede. Logo, pode ser fiscalizado para verificar se não está enviando *e-mails* para outras pessoas sem qualquer relação com o serviço, pois está sendo pago para trabalhar e não para se divertir. O empregador é responsável pelos atos que seus empregados pratiquem contra terceiros.

Como defendido por Estevão Mallet<sup>xiv</sup>, tanto importa se o poder diretivo é efetivado presencialmente ou não, como bem destacou, *in verbis*:

Definida a subordinação como a prerrogativa do empregador de dirigir e modular a atividade exercida pelo trabalhador, determinando o trabalho a ser feito, a forma, o local e o momento de sua realização, bem como fiscalizando o cumprimento das ordens dadas e sancionando o seu descumprimento, fica nítido não ter importância o meio pelo qual se exterioriza.

## CONCLUSÃO

Nesta ordem de idéias, deve prevalecer o poder diretivo do empregador, de modo que pode ele exigir que os aparelhos fiquem desligados ou só utilizados apenas em intervalos pré-definidos, sendo essa uma posição mais moderadora, ou ainda, em caso de uma emergência familiar, por exemplo, autorizar-se o uso pelo empregado ou ficar um outro funcionário com o encargo de monitorar o celular alheio. Sempre se considerando como balizadores em conjunção os princípios da dignidade humana (super princípio), e os da razoabilidade e da proporcionalidade, com incidência caso a caso.

De qualquer forma, insta a cada empresa moldar o que lhe é mais conveniente, até para não engessar o seu negócio, notadamente se considerando que muitos negócios se desenvolvem pontualmente por meio de aplicativos de comunicação. Devem as empresas, por outro lado, investir no preventivo. Criando um Regimento Interno enfocando tais situações, definindo políticas sobre o uso do celular, redes sociais, e-mail corporativo etc.

E investir em treinamento do pessoal, inclusive alertando que a repetição em desídia e insubordinação poderá gerar justa causa. Em casos de tal ocorrência, recomenda-se advertir o trabalhador e ocorrendo nova infração, novamente adverti-lo. Após isso, em permanecendo o excesso



de uso descabido, não resta outro desfecho senão a rescisão do contrato de trabalho, pela evidente justa causa praticada pelo funcionário improbo.

<sup>i</sup> MORO, Luís Carlos. A internet nas relações de trabalho e limites às condutas patronais e de empregados. ADAMEK, Marcelo Vieira Von (org.). Direito e Internet. **Revista do Advogado** [ano XXXII, nº 115]. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2012, página 87.

<sup>ii</sup> COMITÊ GESTOR DA INTERNET. **Uso da Internet pelo celular cresce entre os brasileiros, revela Cetic.br**. 15/09/2015. Disponível em: <<http://www.cgi.br/noticia/releases/uso-da-internet-pelo-celular-cresce-entre-os-brasileiros-revela-cetic-br/>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

<sup>iii</sup> MATSUURA, Sérgio. Cuidado: uso excessivo de internet e celular pode viciar. **O Globo**. 09/06/2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/tecnologia/cuidado-uso-excessivo-de-internet-celular-pode-viciar-8636717>>. Acesso em: 19 jan. 2016.

<sup>iv</sup> GARCIA, Alexandre. Uso do celular no ambiente de trabalho pode gerar demissão por justa causa. **R7**. 1/06/2015. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/economia/uso-do-celular-no-ambiente-de-trabalho-pode-gerar-demissao-por-justa-causa-01062015>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

<sup>v</sup> “TIPO: RECURSO ORDINÁRIO. DATA DE JULGAMENTO: 29/09/2015. RELATOR(A): RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS. REVISOR(A): IVANI CONTINI BRAMANTE. ACÓRDÃO Nº: 20150865214. PROCESSO Nº: 0000933820145020083 A28, ANO: 2015, TURMA: 4ª. DATA DE PUBLICAÇÃO: 09/10/2015. PARTES: RECORRENTE(S): Rose Meire Jacyntho; RECORRIDO(S): Nathan Souccar.

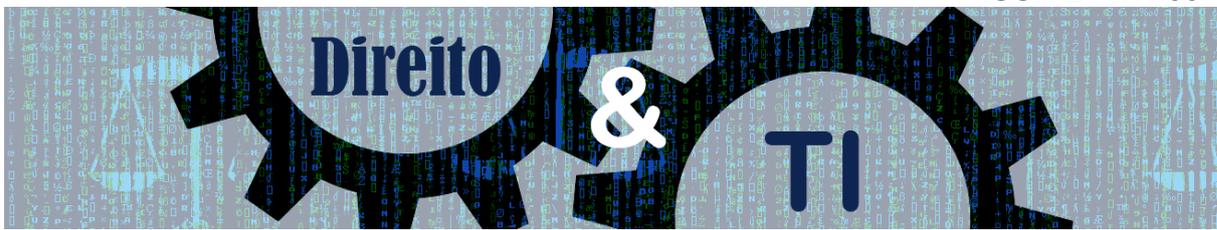
EMENTA: JUSTA CAUSA. EMPREGADA DOMÉSTICA. COMENTÁRIOS AGRESSIVOS EM REDE SOCIAL. FALTA GRAVE. A prova documental, referente a postagem da autora em uma rede social a respeito de sua chefe, patentearia a ocorrência de fatos gravíssimos. Nenhuma conduta do empregador ou de colega de trabalho, por mais insolente que seja, autoriza o uso de violência, quer física ou verbal, mormente porque não há violência boa ou aceitável. Salvo em situações extremas, de guerra ou exercício de legítima defesa, toda violência é ruim, e moralmente repugnante. É bem verdade que, na condição de detentor da fonte de trabalho, é do empregador a responsabilidade pela segurança e qualidade do ambiente de trabalho, devendo estar apto o empregador a intervir de modo eficaz, com vistas a impedir que conflitos interpessoais ganhem magnitude. Mas, in casu, a prova documental sobre a qual se ampara a sentença de origem noticia que a reclamante se manifestou de forma desequilibrada e destemperada em seu perfil em uma rede social, utilizando-se de palavras agressivas com relação a sua empregadora. O fato de se tratar de empregado doméstico torna a atitude ainda mais delicada, haja vista que um dos principais requisitos para a manutenção do contrato de trabalho é a relação de confiança existente entre empregador e empregado doméstico. A conduta da reclamante indubitavelmente quebrou essa confiança existente entre as partes, causando insegurança à empregadora quanto à continuidade de uma relação saudável, elemento essencial ao contrato de trabalho doméstico. Assim, o fato é que a prova documental produzida revelou o comportamento absolutamente incompatível com o ambiente de trabalho, tornando insuportável a manutenção da relação de emprego. Sentença mantida. ÍNDICE: JUSTA CAUSA, Configuração”. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>. Acesso em: 20 jan. 2016.

<sup>vi</sup> MIRANDA, Luínor. Uso exagerado do celular no trabalho pode gerar demissão por justa causa. **Conjur**. 22/02/2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-22/luinor-miranda-uso-celular-trabalho-gerar-justa-causa>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

<sup>vii</sup> Idem.

<sup>viii</sup> JÁCOMO, Thiago. O Whatsapp e a justa causa. **JusBrasil**. 2015. Disponível em: <<http://thiagogiacomo1.jusbrasil.com.br/artigos/126652519/o-whatsapp-e-a-justa-causa>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

<sup>ix</sup> Conforme bem destacado por Maria Eugênia Finkelstein, citando Lawrence Lessig, *in verbis*: “Lawrence Lessig, talvez o mais famoso doutrinador em matéria de Direito Informático, define como privacidade tudo o que é resultante da subtração, de todos os aspectos da vida social, de tudo que é monitorado e de tudo que é investigado. Dessa forma, a privacidade é o produto de uma relação entre tudo aquilo que pode ser monitorado ou investigado, de um lado, e todas as proteções legais e estruturas utilizadas para dificultar este monitoramento e/ou investigação, de outro. A era atual é caracterizada pela maior extensão do que é transitório e pela grande abrangência do que é permanente, diferentemente do que era observado no passado. Ainda segundo Lessig, a extensão da privacidade, que é justamente o resultado da relação entre o que pode ser monitorado e/ou



investigado e proteções contra este monitoramento e/ou investigação, depende da tecnologia disponível em determinado tempo.” (FINKELSTEIN, Maria Eugênia. **Direito do Comércio Eletrônico**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Pág. 123).

<sup>x</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 25ª edição. São Paulo: LTr, 1999. Pág. 160.

<sup>xi</sup> Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; e) desídia no desempenho das respectivas funções; f) embriaguez habitual ou em serviço; g) violação de segredo da empresa; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; i) abandono de emprego; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; l) prática constante de jogos de azar. Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios contra a segurança nacional.

<sup>xii</sup> ALMEIDA, Luiz Paes de. **Direito do Trabalho**. Material, Processual e Legislação Especial. 7ª edição. São Paulo: Editora Rideel, 2009. Págs. 161-163.

<sup>xiii</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2010. Pág. 215.

<sup>xiv</sup> MALLET, Estêvão. Trabalho, tecnologia e subordinação: reflexões sobre a Lei nº 12.551. ADAMEK, Marcelo Vieira Von (org.). **Direito e Internet. Revista do Advogado** [ano XXXII, nº 115]. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2012. Pág. 47.