

USO DO WHATSAPP EM SERVIÇO E A CARACTERIZAÇÃO DE HORAS EXTRAORDINÁRIAS

É frequente o questionamento sobre os riscos que podem advir da utilização do aplicativo **Whatsapp** entre a empresa e seus empregados, principalmente no tocante à caracterização de tempo à disposição do empregador, fora do horário normal de trabalho.

O assunto não pode ser abordado sem a transcrição prévia do quanto dispõe súmula editada pelo Tribunal Superior do Trabalho. Estabelece a Súmula 428 do TST:

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.

Dessa forma, o tema relativo à utilização de equipamentos e aplicativos telemáticos (o **Whatsapp** é um deles) no que respeita à caracterização de tempo à disposição do empregador, se resume no seguinte:

a) Se o empregado, no seu período de descanso for convocado ou escalado pelo empregador, de alguma forma passível de ser provada (documentalmente ou por testemunhas), para aguardar ser chamado por celular, a qualquer momento ou para prestar serviços ao empregador fora do horário de expediente, estará em regime de sobreaviso, ou seja, não é necessário que o empregado permaneça em casa para que se caracterize o sobreaviso, **bastando que esteja disponível ao empregador por manifesta interesse deste direto ou indireto, em regime de escala ou plantão, para que se considere que está à disposição do empregador fora de seu horário de trabalho;**

b) Por outro lado, o mero uso do celular ou outro instrumento tecnológico de comunicação mesmo se fornecido pelo empregador (notebook, smartphone, etc), não garante por si só ao empregado o recebimento de horas extras, nem horas de sobreaviso.

Dessa forma, embora o tema mereça toda a atenção do profissional de Recursos Humanos, não se pode, simplesmente, criar um sistema de proibição total de equipamentos telemáticos, nem proibir o empregado de utilizá-los fora do horário de expediente, com temores de caracterização de horas de sobreaviso ou horas extras.

Mas, cuidados são necessários.

O importante é a empresa não permitir que as chefias e gerências submetam os empregados subordinados a horário, a verdadeiro estado de prontidão obrigatório, semelhantes a plantões e escalas de trabalho fora do horário de expediente, mediante contatos obrigatórios com a empresa ou prepostos (chefias) por meio de celulares, smartphones (**Whatsapp**), notebooks, ou qualquer outro meio telemático.

Outra forma de controle, é o empregador limitar o horário de funcionamento dos grupos de trabalho no **Whatsapp**, coincidente com o expediente da empresa, o que poderá servir de elemento de convicção favorável à empresa, numa eventual discussão judicial.

Nesse sentido, vejam que a utilização do aplicativo **Whatsapp**, já vem sendo considerado pela Justiça do Trabalho como um dos elementos caracterizadores de controle de jornada e de tempo à disposição do empregador, como se vê da transcrição de pequeno trecho de decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª. Região:

“A testemunha da reclamada, Sr. Marcio Harff (fls. 173v/174), que trabalha para a reclamada desde agosto de 2011, mencionou que “conforme o coordenador o depoente já apresentou roteiros ou foi dispensado disso, sendo que o coordenador sabe onde o CVV está porque mantém contato diário e constante; o depoente não pode deixar de trabalhar em algum turno pois o coordenador acompanha e cobra a prestação de trabalho; o coordenador orienta no numero mínimo de visitas a lojas por dia e isso é feito com base no horário disponível para o trabalho; (...) no final do dia o depoente envia os dados das vendas ao coordenador e isso é feito pelo ‘whatsapp’.”

Os depoimentos prestados confirmam que a parte autora esteve sujeita a controle de horário durante a contratualidade, destacando-se, nesse sentido, o depoimento do preposto que menciona que todos os empregados das lojas possuem controle de ponto. Como bem referido pelo magistrado a quo as provas indicam, ainda, no que se refere à função CVV, o controle de jornada por telefone, por roteiros pré-definidos e por relatórios.

Dessa forma, afasta-se a alegação da ré no que tange ao art. 62, inciso I, da CLT. Quanto ao inciso II do mesmo dispositivo legal, em que pese a denominação da função exercida pela autora em parte do contrato (gerente de loja), constata-se que não há provas de que o cargo ocupado exigisse fidúcia especial e diferenciada, ônus que incumbia à demandada, na medida em que fato impeditivo da percepção de horas extras. Não há evidências de que a demandante pudesse admitir e demitir empregados, aplicar punições, tampouco de que fosse a autoridade máxima do estabelecimento em que trabalhava”.

Porém, há decisões, também, em sentido diferente, como é o caso de uma decisão proferida junto ao Processo: 0010046-46.2017.5.03.0098, na qual o TRT da 3ª Região (Minas Gerais), assim se manifestou num caso em que a determinada empregada alegava que era obrigada a ficar à disposição da empregadora após o encerramento da jornada por cerca de três horas, verificando mensagens do chefe:

"A mera alegação de que a reclamante podia ser acionada fora do horário de serviço não é suficiente para configurar o labor em regime de sobreaviso se não demonstrada escala organizada de labor e a obrigatoriedade de atender aos chamados."

De qualquer forma, sempre que possível é aconselhável a empresa limitar o uso de aplicativos de comunicação, fora do expediente, quando possível. Recomenda-se, também, que a empresa elabore e desenvolva internamente um código de conduta que leve em conta tais instrumentos da vida moderna e seus riscos.

Porto Alegre, 18 de fevereiro de 2020.


LIMA&LONDERO
ADVOGADOS
OAB-RS 1912

Marco Antonio A. de Lima
Sócio Administrador
OAB/RS nº 11.820



limaelondero.adv.br

Unidade Porto Alegre
Avenida Augusto Meyer, 146 - 3º andar
Higienópolis - Porto Alegre/RS
CEP 90550-110 / +55 (51) 3346 1907

Unidade Rio Grande
Rua Barão de Cotegipe, 443 - Cj. 716
Edifício Porto de Gale
Centro - Rio Grande/RS
CEP 96200-290 / +55 (53) 3233 3683