



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LEANDRO VILASBOAS BORGES

**A DISCIPLINA JURÍDICA DO TELETRABALHO À LUZ DA
ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI 12.551/2011**

Salvador
2013

LEANDRO VILASBOAS BORGES

**A DISCIPLINA JURÍDICA DO TELETRABALHO À LUZ DA
ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI 12.511/2011**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de Direito
como requisito parcial para a obtenção de grau de
Bacharel em Direito.

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

LEANDRO VILASBOAS BORGES

A DISCIPLINA JURÍDICA DO TELETRABALHO À LUZ DA ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI 12.551/2011

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2013

Dedico esse trabalho aos meus pais, Edilvio e Marcia, pelas lições de vida, bem como a minha namorada, Namir, que me incentiva no estudo e aprimoramento profissional.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus, o único Deus que é poderoso o suficiente para fazer mais do que precisamos, ainda que não mereçamos.

Agradeço também aos meus familiares, em especial a minha mãe e o meu pai, que sempre me incentivaram nos estudos e acreditaram que um dia conseguiria vencer os obstáculos da vida.

Agradeço, ainda, ao escritório Pessoa e Pessoa por ter me dado à oportunidade de iniciar e sempre motivar os estudos pelo direito do trabalho, contribuindo, assim, para o crescimento profissional.

Sou muito grato ainda a minha namorada Namir, pelo seu companheirismo e dedicação e por sempre me dar força para eu vencer as batalhas.

Não poderia deixar de agradecer aos incentivos e motivações de Lorena Andrade, Felipe Moreira, Paula Iunes e Juliane Facó.

Por fim, agradeço aos meus amigos que souberam entender o motivo de minha ausência durante esse período de dedicação aos estudos.

“Prepara-se o cavalo para o dia da batalha, mas o Senhor
é que dá a vitória”.

Provérbios 21:31

RESUMO

Com o presente estudo, pretende-se analisar se o teletrabalhador tem o direito a receber horas de sobreaviso conforme a utilização de meios telemáticos de comunicação para receber contato do empregador para a realização das atividades laborais. Faz-se uma análise crítica em relação à Lei 12.551/2011, que alterou o artigo 6º da CLT, bem como uma leitura da nova redação da súmula 428 do TST, fazendo análise crítica no item dois da referida súmula. Para tanto, emprega-se a na presente pesquisa publicações acerca do assunto, bem como a pesquisa bibliográfica, que se apoiará em material já existente, idôneo, como livros impressos, artigos científicos, revistas de projeção e reconhecimento, acórdãos proferidos e súmulas, que servirão de base e fundamento para a construção deste estudo.

Palavras-chave: Teletrabalho. Subordinação. Súmula 428 do TST. Sobreaviso. Consolidação das Leis do Trabalho

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CF/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
DOU	Diário Oficial da União
OIT	Organização Internacional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
IP	<i>Internet Protocol</i>

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TELETRABALHO	14
2.1 HISTÓRICO DO TELETRABALHO	14
2.2 PRINCÍPIOS PECULIARES DO DIREITO DO TRABALHO RELACIONADOS AO TELETRABALHADOR	16
2.2.1 O princípio da proteção	17
2.2.2 O princípio do <i>in dubio pro operário</i>	18
2.2.3 O princípio da condição mais benéfica	19
2.2.4 O princípio da continuidade da relação de emprego	20
2.2.5 O princípio da primazia da realidade	20
3 O TELETRABALHO	23
3.1 CONCEITO	23
3.2 OS AVANÇOS TECNOLÓGICOS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO	25
3.3 ANÁLISE DOS ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO PARA CARACTERIZAÇÃO DO TELETRABALHO	27
3.3.1 Pessoaalidade	27
3.3.2 Não eventualidade	28
3.3.3 Onerosidade	29
3.3.4 Subordinação Jurídica e Parassubordinação	30
3.4 O TELETRABALHO E A NECESSÁRIA DISTINÇÃO DE CONCEITOS CORRELATOS	34
3.4.1 Trabalho em domicílio	34
3.4.2 Trabalho à distância	36
3.5 O <i>HOME OFFICE</i> COMO ESPÉCIE DE TRABALHO À DISTÂNCIA	37
3.5.1 O amparo jurídico ao teletrabalhador em <i>home office</i>	38
3.5.2 A jornada de trabalho e a subordinação do teletrabalhador em <i>home office</i>	41
3.5.3 O trabalhador em <i>home office</i> : Possibilidade de receber horas de sobreaviso	43
3.6 O REGIME DE HORAS EXTRAS E ADICIONAL NOTURNO DO TELETRABALHADOR	50
3.7 VANTAGENS E DESVANTAGENS DO TELETRABALHO	54

4 O REGIME GERAL DE SOBREAviso NA CONSOLIDAÇÃO	
DAS LEIS DO TRABALHO	57
4.1 O REGIME DE SOBREAviso NO TELETRABALHO	57
4.1.1 A súmula 428 do Tribunal Superior do Trabalho com relação à lei 12.551/2011	60
4.1.2 Análise crítica da lei nº 12.551 de 15 de dezembro de 2011	65
4.2 O SOBREAviso, A MOBILIDADE DO TELETRABALHADOR E O DIREITO À DESCONEXÃO	66
5 CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIA	72

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo a análise da figura do teletrabalho no sistema normativo brasileiro, seus limites e a forma como acontece.

A apreciação do tema será realizada com o fulcro nos princípios que norteiam o direito do trabalho, já que, atualmente, não existe legislação específica que oriente esse instituto.

A súmula 428 do TST, cumulado com o artigo 6º da CLT é, hoje, em nosso ordenamento jurídico, a regulamentação existente acerca da matéria.

A complexidade da pesquisa não permite que apenas um precedente judicial seja suficiente para exaurir a problemática do caso concreto.

Não se tem a pretensão de esgotar o tema, contudo, se pretende demonstrar a necessidade de uma lei específica para tratar das casuísticas constantemente presentes nas relações de trabalho.

Como se trata de um instituto ainda não delimitado por legislação específica, sua aplicação acontece de forma não normatizada, dando margem a atuações ilícitas por parte das empresas, uma vez que há dificuldade em caracterizar a relação empregatícia dos trabalhadores que laboram à distância, assim como seus acessórios, a exemplo do direito à hora extra, sobreaviso e adicional noturno.

Desta forma, consciente ou inconscientemente, a empresa incorre em ilicitude.

Um dos problemas está em configurar a relação de emprego no regime do teletrabalho, já que este é mais abrangente do que qualquer outro. O artigo 6º da CLT já trata sobre o tema, estabelecendo que não se distingue o trabalho realizado na sede da empresa do labor realizado no domicílio do empregado, desde que estejam presentes os elementos caracterizadores da relação de emprego.

Outra problemática é que, com o advento da lei 12.551/2011, que alterou o parágrafo único do artigo 6º da CLT, o legislador equiparou, para fins de subordinação jurídica, o trabalho realizado na sede da empresa com aquele realizado à distância. No entanto, vem sendo discutida a mudança na forma de apuração da jornada de trabalho dos empregados e, conseqüentemente, nas horas extras devidas pela empresa, bem como o adicional de sobreaviso.

Por ora, importante ressaltar que não se pode interpretar o parágrafo único sem relacioná-lo com o caput. O caput regulamenta o teletrabalho ou o trabalho à distância e o parágrafo único reitera o caput. Isso é uma regra de hermenêutica.

Assim, não se pode interpretar o parágrafo único isoladamente, sendo necessária a interpretação conjunta do parágrafo com o caput a que se faz referência.

A linha que separa estas noções é muito tênue, necessitando, dessa forma, de definições que permitam estabelecer quando a atuação da empresa é lícita ou ilícita.

Contudo, havendo a caracterização de uma relação de emprego, o empregado tem direitos específicos, como, por exemplo, o direito às horas extras, adicional noturno e sobreaviso.

Em razão da lei 11.551/2011, que alterou o artigo 6º da CLT, o Ministro Presidente do TST afirmou que a súmula 428 do TST precisava ser revista, o que ocasionou repercussões e preocupações para os empresários.

Após esta declaração, em setembro de 2012 a súmula 428 do TST foi revista, trazendo uma nova redação.

Entretanto, há de se notar que a nova redação da súmula 428 do TST não foi precisa, deixando uma brecha com relação ao regime de sobreaviso dos empregados que laboram na sede da empresa quando estes acessam seus e-mails, atendem telefones e meios afins, após o expediente ou até mesmo quando estão em suas residências.

Na época da declaração do Presidente do TST, as empresas ficaram muito preocupadas com esta manifestação, tendo em vista que a própria súmula 428 aduzia que a mera portabilidade do aparelho de telefone não configuraria o instituto do sobreaviso. Esta repercussão acarretou apreensões aos empresários no tocante ao diploma legal, já que representaria mudanças na forma de apuração da jornada de trabalho dos empregados e, conseqüentemente, das horas extras, pois as empresas indagariam se poderiam continuar permitindo que seus empregados, mesmo aqueles que laboram na sede da empresa, permanecessem com o aparelho celular corporativo e utilizassem o e-mail após o expediente.

Percebeu-se que apenas o enunciado da antiga súmula 428 do TST não era suficiente para regulamentar as demandas que iriam surgir na Justiça do Trabalho.

Constata-se, assim, que a falta de uma legislação específica que regule, em detalhes, os elementos que envolvem o teletrabalho pode causar muitos prejuízos a depender do caso concreto.

Logo, não é cabível que um instituto de tamanha relevância, nos moldes da sociedade atual, não possua uma legislação específica, estabeleça limites, tampouco, estipule obrigações aos empregadores e empregados.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TELETRABALHO

A abordagem que ora será feita é de suma importância, uma vez que é necessário a análise do instituto sobre uma perspectiva histórica até os dias atuais.

2.1 HISTÓRICO DO TELETRABALHO

O direito do trabalho surgiu no século XIX, como necessidade de proteção ao trabalhador, em virtude da liberdade de contratar existente nesse período. Os contratos de emprego eram norteados, principalmente, pelos princípios da autonomia da vontade e liberdade contratual.

Tais princípios eram adequados para disciplinar as relações civis, em que se pressupõe a igualdade entre as partes.

Contudo, nas relações de trabalho, essa igualdade não existia, pois o empregado e o empregador não estavam no mesmo patamar jurídico: existia a subordinação do primeiro em relação ao segundo. Percebeu-se, então, que era preciso buscar a igualdade material para regulamentar essas relações.

A liberdade de agir do empregador, traduzida no seu poder de direção sobre a atividade econômica, conduzia a situações que resultavam em diferentes formas de exploração do trabalhador, quase sempre abusivas e inadequadas. Para proteger a parte mais frágil da relação contratual, fez-se necessário uma legislação específica, que tratasse os desiguais de forma desigual, na medida em que eles se desigualassem.

Nesse contexto, o Estado passou a intervir na relação entre empregado e empregador, conferindo ao primeiro, através da legislação trabalhista, uma maior proteção, traduzida pelo princípio orientador da proteção ao hipossuficiente.

A partir do breve histórico do Direito do Trabalho, passa-se a conhecer o tema central da presente pesquisa, fazendo um apanhado histórico do instituto do teletrabalho.

Segundo Manuel Martín Pino Estrada (2006), o primeiro vestígio do teletrabalho surgiu em 1857, quando o proprietário de uma estrada de ferro, nos Estados Unidos, descobriu que

poderia utilizar-se do sistema de telegrafo para controlar a equipe de trabalho que se encontrava longe.

Mais tarde, no século XX, o teletrabalho apareceu pela primeira vez em 1950, na obra de Norbert Winer, quando o referido autor relata a história de que um arquiteto que vivia na Europa e supervisionava à distancia, através do uso de um fac-simile, a construção de um imóvel nos Estados Unidos (JARDIM, 2004).

Como se vê, o teletrabalho foi iniciado, em verdade, quando não existiam computadores e muito menos a massificação pela internet. Na década de 60 e 70 foi quando se falou em teletrabalho, quando era realizado não através de computadores e internet, mas sim através do chamado fac-símile, correio, telefone e telégrafo.

No entanto, é através do investimento em tecnologia que as relações laborais começaram a sofrer modificações. Acerca do desenvolvimento tecnológico no século XX, Salomão Resedá (2007, p. 821) assevera:

Um crescente investimento em tecnologia foi observado. A aplicação de circuitos eletrônicos integrados tornou-se uma realidade indissociável. Os microchips iniciaram sua influência em diversos ramos da sociedade, desde as atividades mais comuns até aquelas que necessitavam de uma complexidade ainda maior. O computador passou a ser aliado do homem e uma ferramenta quase insuperável no exercício de diversas funções, inclusive laborais.

Como se nota, o desenvolvimento de novas tecnologias teve forte impacto nas relações de trabalho. Alexandre Agra Belmonte (2007, p. 15-16), comentando sobre o assunto, leciona que o modelo do contrato de trabalho pós Revolução Industrial serviu até a ascensão das novas tecnologias, afirmando, a propósito, que:

[...] as novas tecnologias simplesmente derrubaram barreiras, espaciais e temporais do trabalho, automatizaram a mão-de-obra urbana e rural, eliminaram postos de trabalho convencionais, diminuíram a necessidade numérica de trabalhadores e modificaram sobremaneira o objeto e custos da produção. Aliado a outros fatores, como a alta carga tributária, a deficiência no ensino e péssima distribuição de renda, o desemprego decorrente da eliminação de postos de trabalho e da incapacidade de absorção da mão-de-obra pelo mercado termina por levar ao *dumping* social (aceitação de trabalho abaixo do preço real), ao trabalho precário, ao trabalho informal e ao trabalho ilícito.

Nesse contexto, houve uma virada copérnica na relação laboral, passando a ser valorizado o conhecimento técnico em detrimento do trabalho braçal, da força bruta. As máquinas, geralmente, não atuam por conta própria. O trabalho humano ainda é essencial para o sucesso da atividade econômica empreendida pelo empregador.

Assim, surgiu a necessidade de especialização dos trabalhadores para o manejo de todos os aparatos tecnológicos provenientes dessa nova realidade, mesmo que essas máquinas sejam operadas à distância.

Nesta linha, Salomão Resedá (2007, p. 821-822) consigna que:

Não obstante a grande inserção de máquinas no meio produtivo, o material humano ainda é fundamental para o exercício de diversas atividades. Onde houver uma máquina, necessariamente, deverá haver um ser humano para controlá-la. Diante, portanto, dessa necessidade, aliado à crescente concorrência nos meios de produção, o mercado viu-se compelido a trazer um novo parâmetro para o exercício da atividade laboral denominado de teletrabalho.

A partir desse novo panorama, faz-se essencial a análise dos princípios orientadores da relação de emprego, bem como o estudo do conceito, características e repercussões jurídicas dessa nova relação trabalhista: o teletrabalho.

2.2 PRINCÍPIOS PECULIARES DO DIREITO DO TRABALHO RELACIONADOS AO TELETRABALHADOR.

O Direito do Trabalho, assim como os demais ramos do direito, não está desvinculado¹ dos princípios² constitucionais. A Constituição Federal de 1988 traz sob sua proteção alguns princípios gerais de direito, também aplicáveis ao direito do trabalho. Dentre os direitos fundamentais, expressos em seu artigo 1º, inciso IV³, estão os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

¹ Conforme a celebre lição de Eros Roberto Grau (2009, p. 44), “não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”. Dessa forma, percebe-se que deve-se realizar uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, tendo como cânone interpretativo a Constituição Federal.

² De acordo com Humberto Ávila (2011, p. 78-79), os princípios “são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”. Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello, citado por Eros Roberto Grau (2002), define princípio como mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

De acordo com Alice Monteiro de Barros (2009), os princípios peculiares do direito do trabalho tem como função informar o legislador, orientar o juiz na sua atividade interpretativa e integrar o direito, sendo essa a sua função normativa.

Essa proteção, conferida ao trabalhador, em sentido lato, é bastante perceptível em toda a atual legislação brasileira. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, por exemplo, elenca, nos seus trinta e quatro incisos, os direitos básicos dos trabalhadores.

Dentre os direitos elementares acima citados pode-se mencionar o salário-mínimo, a irredutibilidade do salário, o repouso semanal remunerado, férias anuais remuneradas, aposentadoria, dentre outros. Nota-se, portanto, que esse amparo legal ao trabalhador funciona como um freio ao poder diretivo do empregador.

Na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), datada de 1º de maio de 1943, também verifica-se diversos dispositivos que manifestam o princípio da proteção ao empregado, como por exemplo os artigos 58⁴, 190⁵, 468⁶.

2.2.1 O princípio da proteção

O princípio da proteção do trabalhador, segundo Arnaldo Süssekind (2003, p. 144), “é resultante das normas imperativas, que são de ordem pública e caracterizam a intervenção do Estado nas relações jurídicas de trabalho, visando a opor obstáculos à autonomia da vontade. Tais regras formam a base do contrato de trabalho”.

Segundo Vólia Bomfim Cassar (2011), o princípio da proteção ao trabalhador tem fundamento na desigualdade, sendo que o trabalhador já entra na relação de emprego com um pé de desigualdade, tendo em vista que é vulnerável economicamente.

Assim é que percebe-se que no direito do trabalho há uma desigualdade natural, sendo que é necessário tratar os desiguais de forma desigual.

⁴ Art. 58 - A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.

⁵ Art. 190 - O Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.

⁶ Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

O princípio da proteção é o princípio maior do direito do trabalho em que tem como finalidade a proteção jurídica do trabalhador, tendo em vista que este encontra-se em uma posição de inferioridade no contrato de trabalho, seja por sua dependência financeira, seja por sua subordinação ao empregador.

Diversas são as manifestações dessa proteção. Na presente pesquisa foram percebidos três sub-princípios que derivam do princípio da proteção ao trabalhador hipossuficiente: o *in dubio pro operario*, o da norma mais favorável e o da condição mais benéfica.

Para Mauricio Godinho Delgado (2012), o princípio da proteção, abrange, essencialmente, todos os princípios especiais do direito individual do trabalho e, não a distinção feita acima.

Na presente pesquisa fora adotado o posicionamento de Américo Plá Rodriguez (1993) e Vólia Bomfim Cassar (2011), em que se entende que o princípio da proteção é o principal, sendo desmembrado nos demais princípios.

Assim é que percebe-se que a sociedade reconhece, através deste princípio, que o empregado dispõe unicamente de seu esforço de trabalho, e necessita-se da remuneração para seu sustento próprio e de sua família, enquanto que o empregador é detentor da subordinação jurídica e da alteridade, em que assume todos os riscos do negócio.

A adoção do princípio da proteção do trabalhador pelo direito do trabalho brasileiro significa dizer que a lei protege sempre o empregado, mesmo que contra a sua vontade.

2.2.2 O princípio do *in dubio pro operário*

Já o princípio que preconiza o *in dubio pro operario*, prevê que, em caso de dúvida, o interprete deverá optar, quando estiver diante de uma norma que comporte mais de uma interpretação razoável e distinta, por aquela que seja mais favorável ao trabalhador. (CASSAR,2011)

Para José Augusto Rodrigues Pinto (2007) é com o princípio do *in dubio pro operário* que entra em jogo a interpretação da norma. Para ele, se a norma permitir mais de uma interpretação, deve-se preferir a que mais favoreça ao empregado.

É preciso ressaltar que o princípio em referência não se aplica integralmente ao processo do trabalho. Em relação ao processo do trabalho esse princípio é mitigado.

Afirma Sergio Pinto Martins (2009, pag. 61) que:

O in dubio pro operário não se aplica integralmente ao processo do trabalho, pois, havendo dúvida, à primeira vista, não se poderia decidir a favor do trabalhador, mas verificar quem tem o ônus da prova no caso concreto, de acordo com as especificações dos arts. 333, do CPC, e 818, da CLT.

Assim, quando houver uma dúvida no tocante a interpretação do direito material, sendo razoável, deve-se optar por aquela que beneficie o hipossuficiente, ou seja, o trabalhador.

2.2.3 O princípio da condição mais benéfica

Já o princípio da condição mais benéfica, no dizer de Mauricio Godinho Delgado (2012, pag. 197) “importa na garantia de preservação, ao longo do contrato, de cláusula contratual mais vantajosa ao trabalhador, que se reveste do caráter de direito adquirido”. Ou seja, no contraponto entre dispositivos contratuais, prevalecerá aquele que for mais benéfico para o empregado.

De fato esse princípio protege o direito adquirido dos empregados, uma vez que esse direito não pode ser modificado, no sentido de conceder uma condição desfavorável ao empregado.

Assevera Sergio Pinto Martins (2009, p.61) que “a condição mais benéfica ao trabalhador deve ser entendida como o fato de que vantagens já conquistadas, que são mais benéficas ao trabalhador, não podem ser modificadas para pior”.

No entanto, se o empregador alterar a cláusula do contrato de trabalho que revogue ou altere vantagens, essa norma só atingirá os trabalhadores admitidos após o novo regulamento. É o que diz o item um da súmula 51 do TST:

As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento

Assim é que as mudanças das disposições aplicáveis ao contrato de trabalho não podem alterar as condições estabelecidas anteriormente pelo empregador.

2.2.4 O princípio da continuidade da relação de emprego

Importante, também, tratar do princípio da continuidade da relação de emprego, que diz que a relação de emprego deve ser contínua, sendo o vínculo de emprego permanente.

Mauricio Godinho Delgado (2009 p. 193) leciona aduzindo “que é de interesse do direito do trabalho a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais”.

Desta forma verifica-se, mediante a permanência e a integração na relação de emprego, que o direito do trabalho cumpre o seu dever, de assegurar melhores condições ao obreiro, numa determinada sociedade.

Américo Plá Rodriguez (2009, p. 244), afirma que o princípio da continuidade da relação de emprego seria aquele que visa “atribuir a relação de emprego a mais ampla duração possível, sob todos os aspectos”.

Luciano Martinez (2011), ao estudar o tema entende que se um contrato por tempo determinado é violado em algum de seus requisitos previsto em lei, em observância ao princípio da continuidade, há aí uma conversão do ajuste por tempo determinado em um contrato por tempo indeterminado.

2.2.5 O princípio da primazia da realidade

O princípio da primazia da realidade ou prevalência da prática em detrimento da forma deriva indiretamente do princípio de proteção ao hipossuficiente. A análise o princípio *supra*, é fundamental para desembaraço do tema em questão.

Acerca do postulado *supra*, Luciano Martinez (2011, p.94) afirma:

O princípio da primazia da realidade baseia-se no mandamento nuclear protetivo segundo o qual a realidade dos fatos prevalece sobre meras cláusulas contratuais ou registros documentais, ainda que em sentido contrário. De nada, portanto, adianta mascarar a verdade, uma vez que se dará prevalência ao que efetivamente existiu.

É o princípio da primazia da realidade que estabelece a estrutura do reconhecimento da relação de emprego do trabalhador com o capital, com o objetivo de fazer prevalecer o fato real sobre o conteúdo dos contratos a fim de evitar a fraude no contrato de emprego. O

princípio da primazia da realidade será fundamental para identificarmos a relação empregatícia aos trabalhadores que laboram via teletrabalho, desde que sejam configurados as características dessa relação.

Sobre o tema, Alice Monteiro de Barros (2010, p.186) leciona que:

O princípio da primazia da realidade significa que as relações jurídico-trabalhistas se definem pela situação de fato, isto é, pela forma como se realizou a prestação de serviços, pouco importando o nome que lhes foi atribuído pelas partes. Despreza-se a ficção jurídica. É sabido que muitas vezes a prestação de trabalho subordinado está encoberta por meio de contratos de Direito Civil ou Comercial. Compete ao intérprete, quando chamado a se pronunciar sobre o caso concreto, retirar essa roupagem e atribuir-lhe o enquadramento adequado, nos moldes traçados pelos art. 2º e 3º da CLT. Esse princípio manifesta-se em todas as fases da relação de emprego. Ele não se aplica na hipótese de trabalhador admitido em emprego público sem concurso, na forma exigida pelo inciso II, do art. 37 da Constituição vigente. O princípio da primazia da realidade, que norteia o direito do trabalho, se torna flexível diante dos princípios administrativos da moralidade e da eficiência no serviço público. Nessas situações, o contrato será nulo e os seus efeitos restringem-se a retribuição pactuada e ao FGTS.

Maurício Godinho Delgado (2009, p.192), ao comentar sobre o princípio em tela, aduz que:

O princípio da primazia da realidade sobre a forma (chamado ainda de princípio do contrato realidade) amplia a noção civilista de que o operador jurídico, nos exames das declarações volitivas, deve atentar mais a intenção dos agentes do que ao envoltório formal através de que transpareceu a vontade

No Direito do Trabalho deve-se pesquisar, preferentemente, a prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes na respectiva relação jurídica. A prática habitual – na qualidade de uso – altera o contrato pactuado, gerando direitos e obrigações novos as partes contratantes (respeitada a fronteira da inalterabilidade contratual lesiva).

Desta forma, Maurício Godinho Delgado (2009), conclui que o conteúdo do contrato não se circunscreve ao transposto no correspondente instrumento escrito, podendo ser invocado o princípio da primazia da realidade para descaracterizar, por exemplo, uma relação de prestação de serviços e caracterizar o vínculo empregatício, desde que presentes os elementos caracterizadores, quais sejam, pessoalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação.

Vera Regina Loureiro Winter (2005, pag. 80) ao tecer sobre o princípio destaca que “Tal princípio significa que, em caso de discordância entre o que ocorrer na prática e o que emergir de documentos ou acordos, se deve dar preferência ao primeiro, ou seja, o que sucede no terreno dos fatos”.

Assim, o princípio da primazia da realidade é um dos mais importantes no direito do trabalho, tendo em vista que, caso haja uma discordância entre o que acontece na prática e o firmado

nos documentos assinados por empregado e empregador, prevalece à norma mais favorável ao empregado.

Se na prática o sujeito atua como empregado e o contrato firmado entre o empregador é de prestação de serviços, o princípio da primazia da realizada descaracteriza o contrato de prestação de serviços e convola em contrato de emprego.

3 O TELETRABALHO

Passa-se a analisar, agora, o instituto do teletrabalhador, que é o tema central, fazendo uma análise dos elementos caracterizadores da relação de emprego, bem como uma análise crítica desses elementos e sua necessária distinção de conceitos correlatos.

3.1 CONCEITO

Diferentemente de como ocorre no Código de Trabalho Português, não há, ainda, na legislação brasileira o conceito ou definição de teletrabalho. Contudo, o entendimento de teletrabalho está relacionado aos trabalhos realizados fora do espaço físico do empregador, que pode ser em qualquer localização geográfica que se encontrar o teletrabalhador em que, para comunicar-se com seu empregador, poderá utilizar-se de meios de comunicação diversos, vez que os avanços das tecnologias de informações assim possibilitam.

No Brasil, o Deputado Luiz Paulo Velozzo Lucas, do PSDB-ES, é o autor de um Projeto de Lei nº 4.505/08 de 16.12.08, que tem como objetivo regulamentar o trabalho à distância, conceituar e disciplinar as relações de teletrabalho e dar outras providências.

Na Alemanha, Canadá, Japão, Estados Unidos, dentre tantos outros países, o teletrabalho já é uma realidade. Contudo, alguns países, ainda, não mencionaram essa modalidade de trabalho em seus códigos.

O teletrabalho é uma realidade em todo o mundo e, nesse sentido, é possível observar o que o Código de Trabalho Português já define o Teletrabalho em seu artigo 233 “Para efeitos deste Código, considera-se teletrabalho a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa do empregador, e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação”.

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT) o teletrabalho é qualquer trabalho realizado num lugar onde, longe dos escritórios ou oficinas centrais, o trabalhador não mantém um contato pessoal com seus colegas, mas pode comunicar-se com eles por meio das novas tecnologias (GBEZO, 1995).

Sergio Pinto Martins (2009) informa que no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, a Convenção nº 177, de 1996, dispõe sobre o trabalho em domicílio, mas ainda não foi ratificada pelo Brasil.

Segundo Alexandre Agra Belmonde (2007, p.16) “O teletrabalho pode ser conceituado como o trabalho executado à distância, através das novas tecnologias de comunicação. Permite a flexibilização do tempo e do lugar de trabalho, com redução de custos”.

José Augusto Rodrigues Pinto (2007, p.133) ao conceituar o teletrabalho, aduz que:

Seu melhor conceito é de uma atividade de produção ou de serviço que permite o contato à distância entre o apropriador e o prestador da energia. Desse modo, o comando, a execução e a entrega do resultado se completarão mediante o uso da tecnologia da informação, sobretudo a telecomunicação e a informática, substitutivas da relação humana direta.

Em outras palavras, o teletrabalho é aquele trabalho desenvolvido fora da sede da empresa, mediante meios de telecomunicação e informática, em que ficam caracterizados os elementos da relação de emprego, quais sejam, subordinação, onerosidade, habitualidade e a pessoalidade.

O pronunciamento de Luciano Martinez (2011, p. 176) ao conceituar o teletrabalho foi:

O teletrabalho é mais do que uma modalidade de trabalho em domicílio. É um novo conceito de organização laboral por meio da qual o prestador de serviços encontra-se fisicamente ausente da sede do empregador, mas virtualmente presente, por meio telemáticos, na construção dos objetivos contratuais do empreendimento.

Afirma Salomão Resedá (2007 p. 821-822) que “o teletrabalho nada mais é do que uma forma de trabalho a distância exercido mediante o uso das telecomunicações”.

O teletrabalho é uma atividade do trabalhador desenvolvida total ou parcialmente em locais distantes da sede da empresa, de forma telemática (RESEDÁ, 2007).

Assim, surge uma nova modalidade de trabalhador que merece especial atenção, pois ao laborar fora da sede da empresa é necessário esclarecer e fixar alguns pontos para que o essa modalidade de trabalhador não fique prejudicada, uma vez que possa não ser caracterizado como empregado e tão somente como prestador de serviços.

Pela análise conceitual, portanto, o teletrabalho é aquele realizado longe do ambiente do empregador por meio de canais telemáticos de comunicação.

3.2 OS AVANÇOS TECNOLÓGICOS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

O ser humano hoje vive em um mundo globalizado, em um mundo informatizado. É um novo mundo, uma nova era, a era tecnologia. São novos conceitos, novas tecnologias. Nunca se viu um salto tão longe e tão alto nas evoluções e revoluções técnico-científicas.

Os avanços tecnológicos, principalmente das áreas das informações, telecomunicações, somadas aos movimentos globais e aos intercâmbios das sociedades e das diversas culturas, representam hoje um marco para diversas áreas de atuação da coletividade, com reflexo imediato nas formas de se trabalhar e nas relações de emprego.

O ponto firme fomentador de tamanhos avanços das tecnologias se encontra nos sistemas de computadores, que interferem de forma sensível nos setores das informações e telecomunicações.

A internet surgiu em plena Guerra Fria e tinha como seu objetivo principal manter comunicação em caso de ataques de inimigos que destruíssem os meios convencionais de telecomunicação.

Ronaldo Maurílio Cheib (2010) nos informa que no início dos anos 90, a tecnologia da informação logrou êxito na comunicação entre diversos computadores, em localidades várias, a partir de uma linha telefônica comum, a um custo acessível ao uso particular, criando, a partir daí, a conhecida rede mundial de comunicações chamada internet.

Com o advento da internet, as atividades laborais passaram a ser mais flexíveis, possibilitando que o trabalho fosse realizado em locais diferentes do estabelecimento empresarial, podendo ser estendido ao domicílio do trabalhador. A internet é considerada grande mola propulsora das revoluções nas relações trabalhistas, o que, naturalmente, reflete no mundo jurídico. O teletrabalho decorre dessas revoluções, pois se utiliza das tecnologias cada vez mais avançadas e dos crescentes meios de comunicações para as atuações dos trabalhadores.

Vários são os fatores que fomentam a introdução do teletrabalho pelos diversos setores empresariais. As grandes empresas do setor da informática e das telecomunicações, os seguros e o setor financeiro foram as primeiras a adotarem a referida modalidade (JARDIM, 2004).

Algumas empresas vêm trabalhando na reorganização dos processos empresariais, mudando no seu seio a organização do trabalho, com ênfase na gestão por objetivos.

Outros, ao contrário, têm tentado reorganizar os processos empresariais de trabalho através da contratação de novo pessoal, com situações trabalhistas e contratos de trabalho mais flexíveis. Porém, em todo o caso, sempre se fala de uma revolução da informação, de uma revolução digital, ou mais genericamente, de uma sociedade da informação (VARGAS e FRAGA, 2005).

A evolução do mundo por meios de sistemas informatizados, fazendo a informação chegar a qualquer lugar a qualquer tempo, introduz na relação de trabalho novas tecnologias, que merecem especial atenção.

Os meios informatizados como internet, computadores, tablets e celulares afins, facilitam enormemente a realização de diversas atividades do universo laborativo.

Essas novas tecnologias trouxeram, em tese, a flexibilidade e mobilidade aos trabalhadores, que já não têm mais a necessidade de ficarem adstritos ao universo do conjunto mesa-cadeira-escritório.

Se por um lado o uso de computadores e a informação podem trazer às empresas diversas vantagens, facilidades e mobilidades, por outro lado, existirão pontos que passarão a ser questionados. Nesse sentido, Ronaldo Maurílio Cheib (2010, p. 63-64) afirma que “o avanço tecnológico experimentado pela sociedade, os pressupostos da relação de emprego voltam a ser questionados tanto quanto a necessidade de um posto de trabalho com supervisão hierárquica”.

A partir do momento que o trabalhador se vê mais livre do estabelecimento do empregador, o liame da hierarquia da relação jurídica existente entre empregador e empregado se torna mitigado.

Certamente que as tecnologias vêm sendo fortemente utilizadas no âmbito da relação de trabalho, trazendo uma nova visão ao universo desta relação, bem como modificando as condições de trabalho, reorganizando a estrutura física e funcional. Mesmo diante dessa nova tecnológica, as empresas são capazes de regulamentar, fiscalizar e padronizar as atividades realizadas pelo trabalhador, mesmo que esse trabalho se dê na modalidade à distância.

3.3 ANÁLISE DOS ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO PARA CARACTERIZAÇÃO DO TELETRABALHO

Para Mauricio Godinho Delgado (2009) a Ciência do Direito visualiza clara distinção entre relação de trabalho e relação de emprego. É importante ressaltar que todo empregado também é trabalhador, todavia, a afirmativa inversa não pode ser considerada verdadeira.

O artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho define textualmente o empregado como “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário”.

Os elementos caracterizadores da relação de emprego são a pessoalidade, a não eventualidade, a onerosidade e a subordinação jurídica. O empregado será sempre pessoa física, elemento essencial para a validade do contrato de trabalho. Na relação jurídica trabalhista, o empregado não é o objeto do contrato, mas o seu sujeito.

Argumenta Denise Pires Fincato (2003, p. 55) que:

Face aos novos rumos das relações de trabalho, notoriamente quando influenciadas pela inserção das Tecnologias de Comunicações e Informação, vemos que alguns dos elementos caracterizadores da relação de emprego podem estar, em algumas oportunidades, um tanto tênues, rarefeitos. Mas, mesmo assim, devem existir concomitantemente.

A prestação de serviços que o Direito do Trabalho leva em consideração é aquela pactuada por uma pessoa física (ou natural). Os bens jurídicos (e mesmo éticos) tutelados pelo Direito do Trabalho (vida, saúde, integridade moral, bem estar, lazer, etc.) importam à pessoa física, não podendo ser usufruídos por pessoas jurídicas. Assim, a figura do trabalhador há de ser, sempre, uma pessoa natural (DELGADO, 2012).

A afirmativa é no sentido de dizer que os serviços podem ser realizados por pessoas físicas sem, no entanto, haver a necessidade de ser realizado com pessoalidade.

3.3.1 Pessoalidade

A pessoalidade é um dos elementos que caracterizam a relação de emprego, sendo essa de caráter *intuitu personae*, significando que aquela pessoa escolhida pelo empregador é quem

deve fazer o serviço. É ela e tão somente ela que deverá fazer o trabalho, não podendo um terceiro fazer, pois o contrato de emprego é intransmissível, sendo personalíssimo.

Mauricio Godinho Delgado (2012. p. 285) afirma que:

é essencial à configuração da relação de emprego que a prestação do trabalho, pela pessoa natural, tenha efetivo caráter de infungibilidade, no que tange ao trabalhador. A relação jurídica pactuada – ou efetivamente cumprida – deve ser, desse modo, *intuitu personae* com respeito ao prestador de serviços, que não poderá, assim, fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços pactuados.

Assim, o empregado não poderá solicitar que outra pessoa faça o trabalho em seu lugar. Se isso ocorrer, certamente o contrato de emprego será prejudicado.

O empregado não pode ser substituído por outro, uma vez que aquele indivíduo foi escolhido por suas qualificações pessoais.

Volia Bomfim Cassar (2011, p.265) ao tecer comentários ao elemento pessoalidade, afirma que:

A pessoalidade é percebida ou comprovada pela repetição no tempo dos serviços por um mesmo trabalhador, isto porque o fato de uma mesma pessoa ter executado o serviço por meses ou anos comprova que o contrato foi dirigido à pessoa do trabalhador, impedindo assim que qualquer outro possa executá-lo com aquele mesmo contrato.

Na prática, verificando a de substituição intermitente, descaracteriza a relação de emprego, por ausência de seu segundo elemento fático jurídico (DELGADO, 2012.).

Percebe-se, então, que o elemento pessoalidade é mitigado no instituto do teletrabalho, sendo que este pode ser suprido em razão das peculiaridades do trabalho prestado.

3.3.2 Não Eventualidade

O elemento não eventualidade é o critério em que este empregado, pessoa física, deve prestar serviços de natureza não eventual, ou seja, a prestação dos serviços não poderá ser esporádica, ocasional, sob pena de não se revelar a relação de emprego propriamente dita. Este requisito também pode ser encontrado na doutrina sob a denominação habitualidade ou continuidade na prestação do serviço.

Assim, o vocábulo não eventual caracteriza-se quando o tipo de trabalho desenvolvido pelo obreiro, em relação ao seu tomador, é de necessidade permanente para a empresa.

Volia Bomfim Cassar (2011, p. 281) ensina que “O direito do trabalho brasileiro adotou a teoria mexicana, na qual a habitualidade ou não eventualidade está relacionada ao empregador, isto é, a necessidade da mão de obra permanente para o empreendimento”.

José Martins Catharino (1972, p185) leciona que:

Duas correntes principais existem quanto à caracterização da eventualidade. Na Itália predomina o critério da descontinuidade ou da falta de profissionalidade do trabalho prestado por determinado trabalhador. No México e no Brasil, segue-se o da natureza do trabalho em função da atividade empresa. Como a doutrina e jurisprudência nacionais o adotam pacificamente, vindo do México, vale a pena transcrever trecho de uma decisão, de 03.09.1936, da Suprema Corte Mexicana: “para a existência de um trabalho efetivo requer-se unicamente que o serviço desempenhado constitua uma necessidade permanente da empresa, isto é, que não se trate de um serviço meramente acidental, cuja repetição só possa ser consequência do curso de circunstâncias especiais, ou, igualmente, que o serviço não faça parte das atividades normais constantes e uniformes da empresa.

Assim, a eventualidade deve ser analisada na ótica do empregador, uma vez que aquela não precisa estar ligada a atividade fim da empresa, já que também pode existir necessidade permanente em relação à atividade meio.

3.3.3 Onerosidade

A onerosidade na relação jurídica, conforme salienta Mauricio Godinho Delgado (2012), é uma relação de essencial fundo econômico. Através dessa relação sociojurídica é que o moderno sistema econômico consegue garantir a modalidade principal da conexão do trabalhador ao processo produtivo, dando a oportunidade a este de adquirir bens e consumir produtos disponíveis no mercado.

Ao estabelecer o direito do empregado a receber salários, a CLT aponta para o caráter oneroso da relação de emprego, afastando de seu âmbito as relações jurídicas que possam se estabelecer por questões vocacionais e culturais.

Note-se que ao referir salários, não está a CLT limitando o direito do trabalhador apenas à percepção de salários, muito ao contrário, está a impingir o caráter oneroso da relação empregatícia, dedicando ao trabalhador empregado toda a gama de direitos prevista em seu seio ou em legislação periférica (FINCATO, 2003).

Percebe-se, assim, que o a força de trabalhado tem um valor econômico, que fica à disposição do empregador, em que contrapartida, o empregador tem como obrigação remunerar o obreiro por seu trabalho ou tempo de trabalho à disposição do empregador.

3.3.4 Subordinação Jurídica e Parassubordinação

Por último, tem-se, ainda, o critério da subordinação, que está relacionada ao modo como são executadas as atividades laborais.

A subordinação é bastante utilizada para diferenciar o contrato de emprego dos demais contratos de trabalho, como, por exemplo, o trabalho autônomo, o trabalho eventual e o trabalho avulso.

Nos dizeres de Vólia Bomfim Cassar (2011), no que tange ao poder de comando do empregador, o empregado tem o dever de obedecer as ordens empregadas por seu empregador.

Mais adiante, ao conceituar a subordinação jurídica, Volia Bomfim Cassar (2011, p. 267) afirma que “a subordinação nada mais é que o dever de obediência ou o estado de dependência na conduta profissional, a sujeição às regras, orientações e normas estabelecidas pelo empregador inerentes ao contrato”.

A subordinação é uma característica fundamental na relação de emprego, estando sempre presente no contrato de emprego, sendo este importante elemento para demonstrar o vínculo jurídico.

O empregador é dotado do poder de direção, disciplinar e hierárquico. É ele quem diz o horário de trabalho do empregado, como se deve vestir, ele quem aplica punições, assim quando cabíveis.

Manuel Martín Pino Estrada (2006. p.109) entende que ninguém configurou melhor o conteúdo da subordinação jurídica do que Paulo Colin:

Por subordinação jurídica entende-se um estado de dependência real criado por um direito, o direito do empregador de comandar, dar ordens, onde nasce a obrigação correspondente para o empregado de submeter-se a essas ordens. Eis a razão pela qual chamou-se a esta subordinação de jurídica, para opô-la principalmente à subordinação econômica e à subordinação técnica que comporta também uma direção a dar aos trabalhos do empregado, mas direção que emanaria apenas de um especialistas

Assim, o teletrabalhador, caso receba ordens direta da empresa a qual tem o dever de prestar serviços, poderá ter declarado o seu vínculo empregatício com a empresa.

A subordinação colabora muito com o dever de identificar a relação de emprego, pois é um elemento muito precioso para essa relação empregador-empregado, uma vez que é o empregador detentor do poder disciplinar e diretivo.

Nas palavras de Sergio Pinto Martins (2009) a subordinação é a obrigação que o empregado tem de cumprir as ordens determinadas pelo empregador em decorrência do contrato de trabalho. É o objeto do contrato de trabalho. Isso quer dizer que o empregado é dirigido por outrem: o empregador.

Se o trabalhador não é dirigido pelo empregador, mas por ele próprio, não se pode falar em empregado, mas em autônomo ou outro tipo de trabalhador. A subordinação é o estado de sujeição em que se coloca o empregado em relação ao empregador, aguardando ou executando ordens.

No tocante ao elemento parassubordinação, é necessário tecer comentários.

Para Vólia Bomfim Cassar (2011, pag. 270), o conceito de parassubordinação é “a nomenclatura dada pelo direito italiano aos trabalhadores nas relações de coordenação, que, embora executem trabalho pessoal, mediante paga, têm uma subordinação tênue, mais frágil”

A referida autora defende que a parassubordinação é sinônimo de subordinação, que é utilizado nas relações dos não empregados que tem características de empregado. (CASSAR, 2011)

Percebe-se, assim, que em uma relação de teletrabalho, o elemento caracterizador subordinação é presente, contudo mitigado pela doutrina.

Manuel Martín Pino Estrada (2006) ao tecer comentários sobre a mitigação da telessubordinação, entende que com o advento dos meio tecnológicos, muitos trabalhadores submetem-se a uma subordinação tão intensa ou mais que se estivesse laborando nos locais físicos da empresa.

O teletrabalhador, quando está laborando, conecta-se através de seu computador ao sistema da empresa. Assim é que o empresário assume o seu poder diretivo e fiscalizatório, passando instruções, controlando a execução do trabalho e conferindo a qualidade e quantidade do trabalho.

Importante ressaltar que esse poder diretivo e fiscalizatório do empresário acontece a qualquer momento, como se o empregado estivesse no local físico da empresa.

Com o advento da internet e com os serviços oferecidos por este, o empresário tem como saber se o terminal do teletrabalhador está conectado e o tempo passado desde a última ação que executou sobre o seu computador. (ESTRADA, 2006)

Sustenta Denise Pires Fincato (2003) que muitos doutrinadores têm se deparado ante a problemática relativa à natureza jurídica da vinculação existente entre as partes numa relação de teletrabalho. Os elementos caracterizadores da relação de emprego são questionados e, não raro, geram muitas dúvidas quanto à sua configuração.

No teletrabalho, a pessoalidade não é um requisito substancial da relação jurídico trabalhista sobre o qual se pode ter nítida certeza, conforme ocorre com o empregado que foi contratado para prestar atividades em caráter presencial.

A pessoalidade, por certo, é requisito formal, sobre o qual sem ele a relação de emprego estaria descaracterizada; o que se diz aqui é da pessoalidade no sentido presencial do sujeito, que nas situações de teletrabalho não é desse modo configurada, já que o empregado realiza seus serviços remotamente.

Nesse momento é que surgem dúvidas sobre o modo de se comprovar e garantir essa pessoalidade substancial. Certamente vigora aqui os princípios gerais do direito e, como regra, a boa fé.

Denise Pires Fincato (2003) informa que nos serviços realizados via computador (e via *web*) já se dispõe de alguns (caros) sistemas de autenticação de usuário (= teletrabalhador), que variam desde o já conhecido sistema de chaves de autenticação (chave pública e privada – senhas) até o sistema biométrico (onde alguma parte do corpo humano é medida comparada quando solicitado – ex. córnea, digitais etc.).

Esse problema não é recente. Mesmo os contratos de empregos convencionais, em domicílio, têm-se a dúvida quanto à pessoalidade na prestação do serviço.

Quanto à habitualidade, esse universo de acepção também é diferente quando comparado ao empregado presencial, uma vez que não há assinaturas de cartões ou livros de ponto. Não há no teletrabalho uma rigidez de horário a ser cumprido, pois existe ampla flexibilidade.

A medição de horário é feita de acordo com os contatos que o empregado realiza com o seu empregador como forma de prestação de contas. Todavia, ainda que seja muito flexível, já

existem sistemas *online* capazes de monitorar o tempo ocioso do empregado, o que representa controle eficaz na habitualidade dos serviços laborais prestados pelo empregado.

No que se refere à onerosidade, embora haja cada vez mais sistemas tecnológicos que propiciem o controle de diversas atividades e de diversos modos, ainda não é possível se proceder com total justeza na relação atividade prestada *versus* salário recebido pelo teletrabalhador.

Logicamente, incumbe ao empregador convencionar em contrato o valor mínimo de salário a ser pago ao teletrabalhador, de modo que é vedado ao empregador fazer qualquer distinção entre trabalhadores que realizam atividades em modo presencial ou em local diverso do empregador.

Resta evidente a rarefação do conceito clássico de subordinação quando tratamos de teletrabalho.

Valentin Carrion (2000, p. 36) melhor comenta o tema e aponta algumas classes de trabalhadores em que tal fenômeno se opera, entre eles destacando o teletrabalhador:

[...] há casos em que essa subordinação de fato não é visível, restando em estado potencial (trabalho em que o próprio resultado da atividade evidencia a aceitação das normas prefixadas e a quantidade de produção; altos empregados). Há autores que abandonam o critério da subordinação, preferindo caracterizá-lo simplesmente [...] o trabalho por conta alheia ou para outrem, que torna seus direta e imediatamente os frutos materiais ou imateriais do mesmo trabalho, remunerando-os [...]. O Direito do Trabalho incide sobre trabalhadores cujo vínculo de subordinação é tênue; trabalhador em domicílio, comissionista externo, teletrabalho (aquele prestado pelo empregado em sua residência, remetendo o resultado para a empresa através de meios informatizados).

Depreende-se que existe a relação de emprego quando se trata de teletrabalho, entretanto, é importante salientar que alguns dos requisitos que compõem a relação empregatícia podem aparecer de forma mitigada, diluída, rarefeita e suscitando, em alguns casos, questionamentos. Todavia, o que não pode existir é a ausência de qualquer dos requisitos, senão descaracteriza o vínculo de emprego.

Nesse sentido, Denise Pires Fincato (2006, p. 62) conclui que “o tema, como se vê, é deveras novo para o mundo jurídico, o que não o torna menos carecedor de regulamentação e atenção jurídica”.

Portanto, o teletrabalho, em que pese à relativização de alguns elementos da relação empregatícia, ainda pode ser dito forma de trabalho subordinado.

3.4 O TELETRABALHO E A NECESSÁRIA DISTINÇÃO DE CONCEITOS CORRELATOS

Necessário se faz a distinção entre os conceitos de teletrabalho, trabalho em domicílio e o trabalho à distância para melhor entendimento do tema.

3.4.1 Trabalho em domicílio

O trabalho em domicílio é um trabalho subordinado, em que o empregado permanece em sua residência executando tarefas, mas que nem sempre é suportado por tecnologias dedicadas às infraestruturas ou equipamentos de comunicação, a exemplo de quem fabrica sapatos, joias, roupas, calçados em suas próprias residências seguindo ordens de um empregador. Nesse caso, temos que o trabalho em domicílio é uma das formas de teletrabalho, entretanto, nem todo trabalho em domicílio é necessariamente teletrabalho.(WINTER, 2005)

O teletrabalho consiste, sobretudo, em produção, tratamento, distribuição, exploração e manutenção dos sistemas de informação. Nos países industrializados, o teletrabalho associado, sobretudo as tarefas administrativas, dá origem ao neologismo *burótica*⁷. O teletrabalho, além de ser empregado nas atividades administrativas, é também aplicado nas atividades de ensino e de formação, nas companhias de seguros, nos bancos, graças à padronização dos documentos, na venda por correspondência e no telemarketing, nos setores de informática e telecomunicações, nos serviços de tradução, no tratamento de textos e dados, na imprensa, nas editoras, nas consultorias, entre outras atividades em que também se faz presente o teletrabalho (JARDIM, 2004).

Por isso, trabalhar à distância fora do espaço e do quadro físico de exercício da atividade profissional da empresa convoca custos e benefícios para os sujeitos envolvidos, conforme entendimento de doutrina majoritária.

⁷Vale relembrar: trabalho em domicílio é aquele trabalho subordinado, realizado pelo empregado em sua residência, não necessariamente com o auxílio de tecnologias informacionais e comunicacionais. Exemplificasse com os serviços de manufatura de roupas, calçados e jóias, onde o trabalhador recebe as partidas de matérias (normalmente semi-acabados) em sua residência e, após um tempo avençado, as devolve manufaturadas à empresa. A remuneração, via e regra, se dá por produção e/ou tarefa.

Mañas citado por Jair Teixeira dos Reis (2007) assevera que:

No entanto, as novas configurações do trabalho à distância, e as formas pelas quais ele se manifesta hoje, principalmente devido à utilização de tecnologia de ponta nas grandes empresas multinacionais, acarretam uma nova organização industrial, com o surgimento de relações de trabalho que apontam para o esgotamento do padrão de crescimento fordista, justificando, portanto, que ele se torne objeto de reflexão. Um aspecto importante a ser destacado é que o trabalho à distância não pode invadir a criação corpórea do produto industrial: montagem, embalagem, transporte de mercadorias, por exemplo, pois todos esses fatores pressupõem a manipulação direta ou mesmo a presença física do trabalhador. Apenas para as atividades que utilizam a elaboração ou transmissão de dados, informações e símbolos, a superação do espaço físico pode ser concebível, ficando evidente, em alguns casos, que a distância é irrelevante para efeitos de controle e poder, pois a tecnologia utilizada configura-se como uma extensão da própria empresa.

Em linhas sucintas, trabalho a distância é gênero do qual o teletrabalho é espécie. Essa diferenciação se dá justamente em função da utilização de diversos meios de comunicação e informação pelo teletrabalhador.

A definição das modalidades de teletrabalho é muito importante, pois possibilita verificar falhas de regulamentação no Direito Trabalhista internacional e nacional. Afirmativas como a de que teletrabalho é um trabalho em domicílio, uma espécie de trabalho itinerante, são totalmente incorretas. As principais modalidades são em domicílio, em telecentros e nômades (SILVA, 2004, p. 106).

A primeira modalidade de teletrabalho – trabalho em domicílio – é a mais tradicional. O trabalhador realiza suas atividades em sua residência tendo como suporte de infraestrutura os meios telemáticos de comunicação e informação.

Não havendo o uso de meios telemáticos na realização das atividades, sejam de execução ou de ponto de controle com o empregador, descaracterizado está o trabalho em domicílio como pertencente ao teletrabalho, senão configura trabalho em domicílio convencional.

As normas que regulamentam o trabalho em domicílio, por analogia, também servem para regulamentar o teletrabalho, pois não há na legislação pátria um amparo jurídico específico para o teletrabalho, no que cabe citar do artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho em que “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”.

No parágrafo único do artigo 6º, “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”.

O artigo 83 da CLT, além de assegurar ao empregado em domicílio o salário-mínimo, define essa modalidade de trabalho como aquele “executado na habitação do empregado ou em oficina de família, por conta de empregador que o remunere” (GARCIA, 2012, p. 5).

O teletrabalho nômade é aquele realizado por trabalhadores sem local definido para a prestação de serviços e passam a maior parte do tempo fora da empresa (CHEIB, 2010)

Conforme Ronaldo Maurilio Cheib (2010) o teletrabalho nos telecentros seriam os locais da empresa fora de sua sede central, que se dividem em subespécies: os centros de satélites, que são pequenos estabelecimentos separados da sede central, mas que dela dependem em muitos aspectos e que com ela estão em permanente comunicação através da Informática. A outra subespécie seria o centro compartilhado ou comunitário, desenvolvido em locais descentralizados, por conta do próprio tomador de serviços a que serve o teletrabalhador com uma ou mais empresas, ou mesmo por empresas que ofereçam instalações informatizadas e de telecomunicações que podem ser compartilhadas por diversos usuários, empresas, profissionais autônomos.

3.4.2 Trabalho à distância

O teletrabalho é uma modalidade de trabalho a distância, típica dos tempos modernos (GARCIA, 2012). O momento atual é de relevante percepção do aparato tecnológico que contribui para a realização das atividades laborais em locais fora do ambiente físico do empregador, porém sempre mantendo contato com o empregador por meio de recursos que utilizam a informática e a eletrônica e, principalmente, os meios telemáticos de comunicação e informação quase sempre veiculados por computadores e internet.

Nas palavras de Denise Pires Fincato (2003, p. 48)

o teletrabalho é fenômeno de características próprias que exige ser comparado e distinguido de outras figuras jurídicas, tais como o trabalho em domicílio. Observado singelamente, como dissemos alhures, pode o teletrabalho ser equiparado ao trabalho em domicílio, no entanto, a prestação do serviço remoto no domicílio do trabalhador é apenas uma das formas classificatórias do teletrabalho [...].

O trabalho à distancia é aquele realizado em ambiente externo a dependência do estabelecimento empresarial.

Das análises realizadas, foi possível observar que trabalho à distância é o gênero do qual o teletrabalho e o trabalho em domicílio são espécies.

3.5 O HOME OFFICE COMO ESPÉCIE DE TRABALHO Á DISTÂNCIA

O *home office* é a forma de trabalho à distância em que o indivíduo realiza suas atividades em em seu domicílio utilizando-se de meios telemáticos de comunicação e informação para contatar o tomador do serviço.

Home office é considerado sinônimo de trabalho em domicílio e é um modelo de trabalho altamente flexível.

Na definição de Kerlen Caroline Costa (2011), *home office* ou teletrabalho é a forma de trabalho realizado em lugar distante do escritório central e/ou centro de produção, que permite a separação física e que implique no uso de tecnologia facilitadora de comunicação.

Nessa modalidade de teletrabalho, o indivíduo, normalmente, dedica todo o tempo de trabalho em seu domicílio, entretanto, outros podem mesclar essa dedicação temporal de execução das atividades entre sua casa e o escritório onde originariamente fora contratado.

Contudo, ao se pensar em teletrabalho, primeiramente vem à tona a primeira teoria – a da dedicação integral do tempo ao trabalho em domicílio –, visto ser mais coerente com o próprio conceito de teletrabalho.

A atividade laboral pode ser realizada e desenvolvida em locais distintos, porém há um compartilhamento da infraestrutura inserida no espaço físico do domicílio do empregado.

No trabalho em domicílio podem ocorrer variações na forma das disposições e aproveitamentos das infraestruturas utilizadas pelos empregados, que vão desde aparelhagens simples, como um telefone e um computador conectados à internet, a outros aparelhos mais sofisticados conforme necessite o empregador.

Constata-se que, como essa forma de trabalho em domicílio, nem sempre existe a necessidade de as pessoas irem aos seus escritórios para executarem suas atividades diárias, sendo, em muitos casos, perfeitamente possível trabalhar a partir de uma estrutura montada em casa, por mais simples que seja.

Tudo isso somente se tornou possível a partir dos grandes e sensíveis avanços das tecnologias voltadas para o setor das comunicações, sejam elas tecnologias de Voz, Dados, *Internet Protocol* (IP).

Tão crescente é essa forma de se trabalhar que o Serviço Brasileiro de Apoio a Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE) faz divulgações acerca do novo modelo laboral empresarial.

A globalização aproxima países, culturas e conceitos, promove os avanços tecnológicos e o aumento vertiginoso das atividades do terceiro setor – terceirização de serviços – mudam o cenário do empresariado e da economia e, com isso, paradigmas mundiais da relação empregador-empregado-trabalhador devem ser quebrados.

O *home office* é uma forte tendência no mercado e, nesse sentido, o número de micro e pequenas empresas que começam seus negócios em casa têm sido cada vez maior, transformando as *home offices* em alavancas do setor empresarial e da economia nacional.

Esses números são bastante expressivos: a micro e pequena empresa cresceram, em menos de uma década, de 665 mil, para 3,5 milhões atuais, ou seja, 500%. O setor é responsável por 52% do Produto Interno Bruto do País. (SEBRAE, 2013).

Trabalhar em casa não significa que há informalidade na atividade, ao contrário, pois mesmo executando as atividades fora do domínio físico do empregador, o empregado nessas condições deverá, sempre, preencher todos os requisitos do vínculo de emprego, vez que faltando qualquer dos requisitos formais, descaracterizado estará a relação empregatícia.

3.5.1 O amparo jurídico ao teletrabalhador em *home office*

Ainda que se trate de modalidade de trabalho realizado a distância, ao teletrabalho – entenda-se incluído o trabalho em domicílio – incidem as previsões legais constantes dos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, em 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.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

Na realidade, não há na legislação trabalhista brasileira tratamento conciso sobre essa modalidade de trabalho. O que existe é o artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que em seu texto diz que “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 (Redação dada pela Lei nº 12.551, de 2011)”.

Contudo, o vínculo de emprego existirá somente se restar configurado todos os requisitos obrigatórios para caracterização da relação empregatícia, quais sejam: pessoalidade (que não significa ser atividade exercida pessoalmente, mas realizada por uma pessoa determinada), a não eventualidade, a onerosidade e a subordinação jurídica.

O artigo 83 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) garante ao trabalhador em domicílio o salário mínimo e define o trabalho em domicílio como aquele executado na habitação do empregado ou em oficina de família, por conta de empregador que o remunere.

Notadamente existe a preocupação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em amparar trabalhadores que se encontram sobre a condição de trabalho em domicílio, conforme consta de documentação elaborada já no ano de 1995.

O conceito dado pela OIT ao trabalho em domicílio é aquele em que o trabalho seja realizado no domicílio do empregado/trabalhador ou em lugar diverso do da empresa, mediante o recebimento de remuneração com a finalidade de elaboração de produtos ou para a prestação de serviço, não dependendo de que parte irá propiciar a implantação de materiais e equipamentos necessários à realização do que for determinado pelo empregador (art. 1º, “a”, Convenção nº 177).

O trabalhador que realiza ocasionalmente suas atividades em sua residência como assalariado não será considerado trabalhador em domicílio pela Convenção nº 177 da OIT (art. 1º, b). Conforme alínea “c” da Convenção nº 177 da OIT, empregador é aquela pessoa física ou jurídica, que direta ou indiretamente oferece trabalho em domicílio por conta de sua empresa.

Gustavo Felipe Barbosa Garcia (2012, p. 5) expõe conforme observado o art. 4º da Convenção 177 da OIT:

Na medida do possível, a política nacional em matéria de trabalho em domicílio deve promover a igualdade de tratamento entre os trabalhadores em domicílio e os outros trabalhadores assalariados, levando em conta as características particulares do trabalho em domicílio e, se for o caso, as condições aplicáveis a um trabalho idêntico ou similar realizado na empresa.

Ainda conforme a Organização Internacional do Trabalho, países participantes ou países membros, possuem diagnósticos de que há muita imprecisão em relação ao universo jurídico de tutela aos trabalhadores e empregados sob essa condição de trabalho. O que existe, em verdade, é um verdadeiro vazio jurídico de tutela dos direitos dos trabalhadores e empregados em domicílio.

Restritas são as referências encontradas na legislação trabalhista brasileira que concerne ao trabalho em domicílio, o que torna o Brasil um país distante das regulamentações exigidas pelo mercado de trabalho, assim como as regras que a Organização Internacional do Trabalho recomenda que os países adotem. Os legisladores brasileiros precisam urgentemente acordar para a essa nova realidade do mundo das relações de emprego.

Nesse sentido, a OIT classifica o Brasil como um dos países onde se estendem a legislação trabalhista aos trabalhadores e empregados em domicílio devido ao fato de as relações jurídicas terem as suas origens nos contratos individuais de trabalho previsto na Consolidação das Leis do Trabalho. Nesse sentido, observa-se que a legislação trabalhista assim ampara, conforme o texto do artigo 6º da CLT em que “não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego”.

Outros países já se encontram em relevante avanço se comparados à nossa legislação e um exemplo claro é Portugal, que já tem legislação específica no Código de Trabalho Português de 01/12/2003, que em seu artigo 233 traz o conceito de teletrabalho: “para efeitos desse Código, considera-se teletrabalho a prestação de serviço laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa do empregador, e através do recurso da tecnologia da informação e da comunicação”.

O artigo. 8º da CLT diz que:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas

sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

Tal previsão consta do artigo 5º da Constituição Federal que, pela máxima principiológica, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade [...]”, bem como o que consta no artigo 7º da Carta “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos [...]” (Constituição Federal, 1988).

O trabalho em domicílio não pode e não deve ser visto como uma forma que o empregador tem de burlar o sistema jurídico para eximir-se dos encargos trabalhistas que tanto o oneram, ao contrário, devem ser oferecidos ao trabalhador desse regime os mesmos direitos e deveres que restam oferecidos aos demais trabalhadores amparados pela legislação trabalhista pátria, como as verbas pertinentes às férias, 13º salário, repouso semanal remunerado, FGTS, aviso prévio dentre outros cabíveis.

Certamente que deverá haver tutela legal aos trabalhadores e empregados em caráter *home office* não apenas por meio de legislações específicas, assim como a inserção nas convenções coletivas de trabalho, que regerão suas especificidades.

3.5.2 A jornada de trabalho e a subordinação do teletrabalhador em home Office

Muita embora a legislação brasileira ainda não tenha dedicado exclusiva atenção à modalidade de teletrabalho como um todo, ainda assim não há que desconsiderar o caráter jurídico da relação existente sob as determinações do vínculo de emprego.

No contrato de trabalho subordinado em domicílio o empregado seguirá determinado padrão de produtividade para a realização das suas atividades e esse padrão se refere à determinada quantidade ou qualidade na produção.

Isto quer dizer que no, que tange ao teletrabalho, a subordinação deve ser vista por outra perspectiva, pois inexistente por parte do empregador, um controle direto sobre o empregado.

Pelas circunstâncias a que estão submetidas os empregados em domicílio, o empregador se vê sem possibilidades de fiscalizar, a tempo integral, a prestação de serviços por parte do empregado.

Entretanto, de forma alguma não se pode desconsiderar que haja a presença do pressuposto da subordinação nas relações de emprego inseridas no universo do trabalho em domicílio e nesse enfoque escreveu Moraes Filho citado por Ronaldo Maurilio Cheib (2010):

Se se quiser manter a subordinação como critério diferenciador do contrato de trabalho, não se pode mais continuar a aceitá-lo como significando um controle direto e uma fiscalização imediata do empregador com relação ao empregado. Tem-se, por força, de torná-la mais difusa com a possibilidade que tem o patrão de controlar, dirigir e fiscalizar a execução do contrato de trabalho por parte do seu empregado. Nada mais. Torna-se, assim, este critério menos material e físico e muito mais psicológico e jurídico, o que vem por igual ampliar grandemente a extensão do seu conceito, porque passa a abranger todos os caos de dependência econômica.

Pacífico é o entendimento de que os avanços tecnológicos, principalmente dos setores das telecomunicações e informação, trouxeram uma nova forma de se trabalhar, tendo atingido a estrutura do modelo tradicional das relações empregatícias e nesse sentido é que se observa a grande contribuição que universo das tecnologias de informação trouxe ao mundo jurídico contido nas relações de emprego, o que representa sensível reflexo para a configuração da subordinação jurídica.

Modificações substanciais ocorreram nas condições de trabalho a partir da inserção de computadores, mais precisamente a partir da inserção de computadores conectados à internet.

Dos requisitos formadores da relação de emprego, a subordinação jurídica tem maior importância, pois sua manifestação ocorre de forma diária à medida que o empregado realiza suas atividades ditadas pelo poder diretivo que o empregador tem de organizar, regulamentar, dirigir e fiscalizar seu empregado.

Em razão do poder diretivo, verifica-se a existência de uma hierarquia entre empregado e empregador, em que cabe a este as imposições necessárias à realização das atividades laborais. Essas imposições ou regulamentações referem-se ao modo de se executar as atividades, ao uso das ferramentas de trabalho disponibilizadas pelo empregador ao empregado. Essa licitude restritiva deriva do *status* da subordinação jurídica existente entre esses dois sujeitos formadores da relação empregatícia.

No que se refere à subordinação, é preciso ressaltar a chamada subordinação estrutural, observada no dinamismo existente na atividade econômica do empregador, em que não está

em jogo o comando direto ou indireto sobre o empregado. Uma vez que o empregado esteja na conjuntura estrutural dos quadros da empresa, haverá subordinação estrutural.

Para Mauricio Godinho Delgado (2012), estrutural é, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber ou não suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.

Nesse sentido, nota-se totalmente plausível o encaixe da subordinação estrutural como formadora da relação empregatícia entre empregado e empregador na situação de teletrabalho.

Em decorrência de inexistência de legislação específica brasileira acerca do teletrabalho, em especial ao teletrabalhador em *home office*, aqui considerado trabalhador em domicílio, por analogia e utilização do artigo 6º da CLT, estende-se a essa modalidade de empregado todas as normas cabíveis aos empregados convencionais.

3.5.3 O trabalhador em *home office*: Possibilidade de receber horas de sobreaviso

Publicada no Diário Oficial da União (DOU), na data de 16 de dezembro de 2011, a Lei nº 12.551, sancionada em 15 de dezembro de 2011, trouxe alterações para o artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho.

As alterações concernem a um tema que tanto a Doutrina quanto a Jurisprudência debatem há muito tempo, qual seja, o trabalho a distancia – nele compreendidos o teletrabalho e o *home office* –, e seu aspecto de maior discórdia na relação empregatícia, que merece destaque na presente pesquisa: a subordinação jurídica, requisito essencial para a configuração da relação de emprego.

O artigo 6º da CLT tinha a seguinte redação: “Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego”.

Nesse contexto, a Lei 12.551/2011 teve por objetivo buscar a equiparação dos efeitos jurídicos relativos à subordinação exercida sobre o empregado mediante a utilização dos meios telemáticos de comunicação e informação em relação àquela subordinação exercida diretamente sobre o empregado que trabalha no ambiente do empregador, passando a

considerar, através da mencionada equiparação, os meios telemáticos de comunicação como forma pessoal e direta de subordinação.

A Lei nº 12.551/2011 originou-se no Projeto de Lei nº 3.129/2004, da Câmara dos Deputados, sendo seu autor o deputado Eduardo Valverde (PT), que tramitou no Senado Federal como projeto de lei da Câmara 102/2007. A ementa do Projeto de Lei tem o seguinte teor: “Inclui o trabalho realizado à distância do local de trabalho, via computador, como subordinado juridicamente aos meios pessoais e diretos de comando do empregador, desde que haja relação empregatícia; altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1943”.

Por um lado há quem entenda que a Lei nº 12.551/2011 não veio para trazer inovações no entendimento já cristalizado pela Súmula 428 do TST quando posta em confronto com o artigo 6º CLT e que a nova lei trouxe apenas uma atualização textual.

Por outro lado, como já mencionado anteriormente, e de acordo com os princípios hermenêuticos de interpretação, o texto normativo não deve conter palavras inúteis, devendo ter um propósito além da literalidade textual.

Tomar por entendimento de que a inclusão do parágrafo único no artigo 6º teve o objetivo de apenas expressar que existe a possibilidade de o teletrabalho ser inserido nas relações convencionais de emprego, seria pensar que a nova legislação de nada serviu. Contudo, o *caput* do artigo também foi alterado, incluindo, para tanto, o trabalho à distância, o que significa certo avanço da legislação em relação ao teletrabalho.

Verifica-se no Projeto de Lei nº 3.129/2004 a seguinte justificativa, que foi apresentada ao Congresso Nacional, quando da propositura do projeto:

A revolução tecnológica e as transformações do mundo do trabalho exigem permanentes transformações da ordem jurídica com o intuito de apreender a realidade mutável. O tradicional comando direto entre o empregador ou seu preposto e o empregado, hoje sede lugar, ao comando a distância, mediante o uso de meios telemáticos, em que o empregado sequer sabe quem é o emissor da ordem de comando e controle. O Teletrabalho é realidade para muitos trabalhadores, sem que a distância e o desconhecimento do emissor da ordem de comando e supervisão, retire ou diminua a subordinação jurídica da relação de trabalho.

É importante frisar que já existia o anseio para que o teletrabalhador fosse equiparado ao empregado convencional. E nesse sentido, a lei veio para fazer a equiparação dos meios telemáticos de comunicação e informação que servem para exercer comando do empregador sobre empregado. Equiparar os meios telemáticos de comando aos meios pessoais e diretos

faz com que incidam sobre o teletrabalho todos os efeitos cabíveis à relação de emprego convencional.

A partir da lei, torna desnecessário pensar a respeito de distinções entre o empregado que trabalha no ambiente do empregador e o que trabalha em sua própria casa, uma vez que a função do novo artigo, agora, é justamente a de eliminar qualquer distinção, vez que estão presentes todos os requisitos configuradores da relação de emprego.

Entretanto, existem outros pontos de nebulosos que não foram elucidados pela Lei 12.551/2011: não há previsão normativa sobre as condições de pagamento de horas extraordinárias e nem o adicional de sobreaviso, existindo apenas as disposições constantes do artigo 244, § 2º da CLT.

É correto pensar que, para aqueles empregados que realizam suas atividades completamente à distância e utilizando meios telemáticos, aparentemente não há dúvidas de que se ele estiver sujeito ao controle, supervisão ou comando do empregador, restará configurado o direito à percepção por horas extraordinárias na sua integralidade, bem como os adicionais de sobreaviso pertinentes ao período que estiver sob o comando, tendo em vista a equiparação realizada pela nova legislação.

Assim, faz-se necessário breve análise do instituto do sobreaviso. O sobreaviso é o instituto previsto pela CLT em seu art. 244, § 2º, que assim dispõe:

Art. 244, § 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.

Se, por um lado, quando da análise de um emprego convencional – aquele emprego que é realizado no espaço físico do empregador –, é possível visualizar a hipótese em que o empregador obrigue o empregado a ficar sempre à sua disposição aos finais de semana, ou até mesmo após o horário de cumprimento de sua jornada, nesse caso, é possível falar que se configure o direito à percepção por horas de adicional de sobreaviso, pois o empregado permanece em situação de certo constrangimento de sua liberdade, frente as disposições impostas pelo empregador.

Mas, por outro lado, não é correto afirmar que o empregador sempre irá pagar ao empregado todo o horário extraordinário, pois há diferenças essenciais entre os empregados que realizam atividades sempre à distância e os que ficam adstritos ao espaço físico do empregador.

Assim, afigura-se necessário traçar os contornos em que o sobreaviso se delineou na legislação trabalhista.

O instituto do sobreaviso foi criado no Brasil num dado momento histórico/cronológico em que os funcionários ferroviários mantinham-se em suas residências aguardando aos chamados do empregador para darem início às suas atividades. Ainda naquela época, deficientes eram as formas de comunicação existentes.

No cenário contemporâneo das empresas que não são ferroviárias, que cada vez mais inserem no seu quadro estrutural os equipamentos mais tecnológicos disponíveis no mercado, dentre os quais, ressalte-se, estão incluídos os meios telemáticos de comunicação, faz-se pensar que o instituto do sobreaviso na forma em que foi criado e descrito, tornou-se quase inapropriado. A realidade atual é outra completamente diferente daquela época e é chegada a hora de o teor legislativo ser modificado e moldado à contemporaneidade.

Nesse diapasão, o foco desta abordagem acadêmica se destina à análise da figura do teletrabalhador e da possibilidade de este tipo de empregado receber por horas de sobreaviso.

Embora a legislação brasileira não trate com exclusividade sobre o teletrabalho, ainda assim encontramos algumas normas que lhe são aplicáveis, a exemplo os artigos 3º, 4º, 6º, 8º e 9º da CLT, que constituem seu amparo legal, tais como seguem *in verbis*:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

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.

Parágrafo único - Computar-se-ão, na contagem de tempo de serviço, para efeito de indenização e estabilidade, os períodos em que o empregado estiver afastado do trabalho prestando serviço militar ... (VETADO) ... e por motivo de acidente do trabalho.

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. (Redação dada pela Lei nº 12.551, de 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. (Incluído pela Lei nº 12.551, de 2011)

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Ao teletrabalho aplicam as mesmas regras já aplicadas ao trabalho em domicílio, utilizando-as por analogia. Caso haja lacuna, utiliza-se o artigo 8º da CLT, com a finalidade de buscar uma integração e equidade, conforme o aludido artigo.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência já deram enquadramento ao teletrabalho inserindo-o na forma de contrato de trabalho em domicílio, de forma que analisar a situação fática atual, não há que se pensar que haja obstáculos a que os legisladores dêem tratamento específico a essa forma de trabalho.

O *home office* ou trabalho em domicílio é uma forma de emprego realizada à distância utilizando meios telemáticos de comunicação e informação em que estão presentes todos os requisitos formais configuradores da relação de emprego: pessoalidade, não eventualidade ou habitualidade, onerosidade e a subordinação jurídica.

Não há dúvidas que a tecnologia tenha servido à escravidão dos empregados, pois muitas vezes ela mascara a real ligação que o empregado tem com a empresa contratante, de modo a tentar desvincular esse empregado do espaço físico do empregador, o que muitas vezes compromete os períodos de descanso do empregado.

Não se pode considerar que equipamentos de intercomunicação, como celulares, *paggers*, *tablets*, *notebooks*, *smartphones*, *Iphones*, móveis, etc., sejam incapazes de limitar a liberdade de locomoção do empregado, pois mesmo que eles possuam tecnologias que permitam a sua mobilidade, ainda assim restringem sua liberdade.

O empregado em *home office* exerce suas atividades diuturnamente em sua residência e existe com ele o vínculo empregatício configurado e ele cumpre totalmente sua jornada de trabalho em sua residência. Sua infraestrutura é toda baseada em equipamentos que utilizam tecnologia de comunicação e informação, ou seja, os chamados meios telemáticos de comunicação.

O controle e execução das atividades do empregado em *home office* é todo realizado por esses meios telemáticos e também está subordinado juridicamente ao seu empregador.

Não existe nenhuma relevância jurídica que faça diferenciar o trabalho realizado no domicílio do empregado, do realizado no espaço físico do empregador ou aquele realizado em qualquer lugar remotamente.

Qualquer que seja o seu aproveitamento, atinentes ao caráter produtivo e de interesse do empregador requisitadas em caráter remoto, estará configurada a subordinação jurídica, uma vez que equiparados estão os meios telemáticos de comunicação, controle e supervisão aos meios direitos e pessoais desse mesmo controle e comando.

Este fato é extremamente comum entre os trabalhadores empregados das áreas da informática, que realizam suas atividades laborais em suas casas, por meio terminais remotos que estão interligados a um servidor central, mediante os comandos do tomador do serviço, que contratam à distância e em caráter não eventual, remunerando-os.

Esses empregados recebem ordens, são fiscalizados e comandados remotamente e por isso não podem ser considerados com trabalhadores eventuais, de modo que o elemento distância não poderá ser o obstáculo a que configure o vínculo empregatício.

Ocorre que empregado que trabalha em caráter *home office* se encontra em uma situação bastante peculiar. Verifica-se a existência de uma enorme flexibilidade na gestão de horários, que não se enquadra com precisão quando usamos o paradigma do trabalho realizado no ambiente do empregador, visto que neste, a forma de subordinação jurídica parece apresentar-se de forma mais objetiva, pungente, clara, evidente.

Note que a peculiaridade não está no fator jurídico concernente à relação empregatícia, mas em sua essência. Quando se fala que não deve haver distinções entre o trabalho realizado no ambiente do empregador e o realizado à distância, o que não se deve diferenciar são os efeitos jurídicos aplicáveis, mas certamente que em sua essência cada uma dessas formas de trabalho é por óbvio diferente.

No *home office* ocorrem todas essas formas de controle, embora possa haver alguma variação no método, pois as empresas que utilizam essa forma de trabalho tem seus próprios meios de controle de jornada, de tempo ocioso, de *login* e *logout*, produtividade. É uma verdadeira gestão de pessoas e processos virtualmente ocorrendo.

Reconhecendo a existência de subordinação jurídica na modalidade de trabalho *home office* não quer dizer, necessariamente, que tal subordinação represente apenas o cumprimento da jornada de trabalho e seus limites.

O *home office* deverá possuir as mesmas consequências jurídicas advindas da relação empregatícia convencional, como supervisão efetiva, controle, comando, vigilância direta sobre o empregado. O instituto da subordinação jurídica é o modo como o empregado se vê sujeito ao empregador no que se refere ao comando, controle, ordens disciplinares, sigilo, fidelidade.

Instituto em debate é o sobreaviso. Até a publicação da nova Lei n.º 12.551/2011, que alterou o artigo 6º da CLT, o entendimento jurisprudencial era o de que, para configurar o direito à percepção por horas de sobreaviso, não bastaria apenas o uso de aparelhos de comunicação, mas deveria restar comprovado o comprometimento da mobilidade do empregado em função dos chamados do empregador.

A alteração trazida ao artigo 6º da CLT pela Lei n.º 12.551/2011 não traz afetação direta à figura do sobreaviso. A situação de debate foi à equiparação dos meios pessoais e diretos de controle e comando relativos à forma de trabalho presencial e trabalho à distância o que, por reflexo, traz modificação ao entendimento da Súmula 428 do Tribunal Superior do Trabalho sobre o instituto do sobreaviso.

Muitas vezes o empregado que trabalha em domicílio opera em tempo ocioso, o que também é bastante comum, inclusive, na modalidade de emprego presencial, entretanto, ao ser chamado pelo empregador ao reinício da execução das suas atividades, isto não poderá configurar o regime sobreaviso simplesmente, pois enquanto aguardava o fim do tempo ocioso, na verdade, estava a correr o seu horário normal de cumprimento de jornada.

Certamente que cada situação deverá ser avaliada no caso concreto, não podendo afirmar pungentemente que o empregado que trabalha em caráter *home office* tem ou não o direito ao adicional de horas de sobreaviso.

Entretanto, forçoso é dizer que nunca terá o direito. A situação é relativa e o advento da nova lei não veio para resolver esse problema. Em verdade, o nascimento da nova lei fez borbulhar o pensamento jurídico a esse respeito.

Na hipótese de o empregado em *home office* que, depois de cumprida sua jornada de horas semanais, receber a notificação do empregador para que fique durante todo o final aguardando seu contato a qualquer momento para iniciar suas atividades, nesse período em que ficou

aguardando em sua residência, em momento algum o empregador o contatou. Na situação em tela, o referido empregado teve todo o seu final de semana comprometido, o que, por consequência, comprometeu também seu repouso. Não pôde ausentar-se de casa ou de sua cidade. Teve sua liberdade de locomoção restringida.

Não é pelo fato que se encontrava à sua disposição equipamentos telemáticos de comunicação, como celulares, *notebooks* ou similares que ele não teve sua liberdade de locomoção afetada. Fato é que não o prendeu concisamente em sua casa, assim como era nos tempos dos ferroviários, mas o fato de ficar “aguardando”, por si só, já inibe a predisposição que ele teria para ausentar-se.

Afeta o seu psicológico, gerando estresse e angústia, pois não pôde gozar o descanso do seu final de semana. Nessa situação fática, é justo falar em adicional por horas de sobreaviso, pois comprometida esteve a mobilidade do empregado. Entretanto, ainda assim, situação deverá ser analisada, pois esta ainda não é a regra e nem a exceção.

3.6 O REGIME DE HORAS EXTRAS E O ADICIONAL NOTURNO DO TELETRABALHADOR

Importante a análise do instituto das horas extras, tendo em vista que pode incidir na categoria do teletrabalhador, já que sua jornada de trabalho não é detalhadamente definida.

Assim, far-se-á uma explanação acerca dos conceitos e características para melhor compreender o instituto e de que forma ele se aplica ao teletrabalho.

Segundo Mauricio Godinho Delgado (2009, p.826) “Jornada Extraordinária é o lapso temporal de trabalho ou disponibilidade do empregado perante o empregador que ultrapassa a jornada padrão, fixada em regra jurídica ou por cláusula contratual”.

Partindo da ideia deste conceito, jornada extraordinária seria aquela laborada após a jornada ordinária do empregado. Logo, apenas é autorizada a prorrogação da jornada de trabalho mediante prévio acordo ou convenção coletiva, ou que seja promovido mediante contrato individual.

Afirma Luciano Martinez (2011) que à hora extraordinária é um fato naturalmente desgastante, sendo que as horas suplementares são acrescidas de um adicional, de no mínimo cinquenta por cento da hora ordinária.

Como já explanado acima, fará jus a hora extra o teletrabalhador que estiver sujeito ao controle de jornada. Salienta-se, que esta é de difícil caracterização, tendo em vista a sua livre escolha de horário de trabalho (BARROS, 2009).

Alice Monteiro de Barros (2009) ao ponderar que o teletrabalho, por sua própria característica é difícil de caracterizar as horas extras, uma vez que esse trabalhador não está sujeito a controle de jornada, sendo livre para escolher o horário de trabalho e por quanto tempo deseja trabalhar.

Desta forma, importante destacar a relação entre teletrabalho com os institutos das horas extraordinárias, sobreaviso e adicional noturno.

Outrossim, analisando a jornada de trabalho, constata-se que é possível aplicar ao teletrabalhador as normas deste instituto, desde que se configure o poder diretivo do empregador, ou seja, quando estiver em conexão permanente com a empresa e ao teletrabalhador não se atribua a liberdade de escolher o horário de labor (BARROS, 2009).

Ademais, ao teletrabalhador é devido horas extraordinária, se este fizer direito.

No tocante ao adicional noturno, importante aduzir sobre o conceito e as delimitações do instituto do adicional noturno, uma vez que o teletrabalhador poderá laborar em turno noturno, podendo ter direito a esse adicional.

A Constituição Federal, assim como a Consolidações das Leis Trabalhistas, admitem que o empregado labore durante o dia e, também, durante a noite. Contudo, com relação ao trabalho noturno, há restrições, uma vez que, o ser humano é influenciado pela luz solar e está submetido a um relógio biológico que influencia o corpo humano, inclusive quanto à disposição para o trabalho.

As agressões que o trabalho noturno traz ao indivíduo não são apenas físicas, mas também psicológicas. O ambiente noturno induz ao repouso e, essa inversão de turno, repouso durante o dia e labor durante a noite, ocasiona sérios prejuízos à saúde do trabalhador.

Alice Monteiro de Barros (2010, p.687) afirma:

[...] no tocante ao trabalho noturno, cumpre esclarecer que especialistas em ergonomia concluíram que ele ocasiona maior fadiga do que aquele realizado durante o dia, pois há uma coincidência entre a ativação biológica e o horário de trabalho e entre a desativação cerebral e o sono. Logo, quem trabalha em estado de desativação noturna desenvolve esforço maior para a execução do mesmo trabalho. Além disso, o sono em estado de ativação cerebral é menos reparador. Em consequência surge a fadiga, que poderá gerar redução do rendimento profissional e aumento da gravidade de acidentes de trabalho. Se a fadiga torna-se crônica, provoca, muitas vezes, enfermidade psicossomática. Por outro lado, quando o

trabalho noturno é alternado, poderá provocar transtornos digestivos capazes de evoluir independentemente ou de combinar-se com a enfermidade psicossomática.

Prossegue a autora, completando que, “do ponto de vista médico, afirmam os especialistas que o trabalho noturno deveria ser proibido em geral” (BARROS, 2010, p.687).

Contudo, essa não é uma proposta viável. Como se sabe, o trabalho noturno é indispensável em empresas que têm o seu funcionamento ininterrupto e, dessa forma, necessitam de trabalhadores operando máquinas, por exemplo, durante 24 horas. Situações como esta, não podem ser ignoradas pelo ordenamento jurídico. Sendo, então, imprescindível a criação de mecanismos que amenizem os riscos que o empregado sofre ao laborar nesse tipo de jornada.

Assim, “para essas situações, sugere-se reduzir a sua duração, com o objetivo de desestimular sua exigência” (BARROS, 2010, p.688).

Do ponto de vista social, a jornada noturna também traz prejuízos ao empregado. As relações sociais e familiares também são afetadas, uma vez que o empregado convive menos com a família e com a própria comunidade na qual está inserido.

Como visto acima, não se pode olvidar que a jornada noturna causa, ao empregado, maiores desgastes, tanto sob o ponto de vista biológico, quanto social. Por essa razão, o direito do trabalho conferiu ao labor prestado no turno da noite um tratamento diferenciado. De um lado, existem restrições à própria prestação do serviço noturno, de outro, existe o favorecimento compensatório no cálculo da jornada e o favorecimento compensatório no cálculo da própria remuneração devida (DELGADO, 2012).

Alice Monteiro de Barros (2010) conceitua o trabalho noturno como aquela atividade que exige a realização de labor à noite. Sendo que, considera-se noite, um período de pelo menos sete horas consecutivas, compreendidas entre a meia-noite e às 5 horas da manhã, devendo ser determinado pela autoridade competente, mediante consulta prévia aos representantes de empregadores e trabalhadores ou por meio de convenções coletivas.

Nesse sentido, a autora diverge do ordenamento jurídico pátrio, uma vez que a própria CLT versa de forma distinta quando define o lapso temporal do que venha a ser uma jornada noturna.

A CLT, em seu art. 73, dispõe que “salvo nos casos de revezamento semanal ou quinzenal, o trabalho noturno terá remuneração superior a do diurno e, para esse efeito, sua remuneração terá um acréscimo de 20 % (vinte por cento), pelo menos, sobre a hora diurna”.

Primeiramente, vale ressaltar que, de acordo com Luciano Martinez (2011), o início do artigo acima mencionado, “salvo nos casos de revezamento semanal ou quinzenal”, não foi recepcionado pela Constituição de 1946, vez que, em seu art. 157, III, de forma expressa, determina que legislação do trabalho obedecerá, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores, salário do trabalho noturno superior ao do diurno. Portanto, independentemente do trabalho realizado ou das suas características, o adicional noturno será devido.

A exceção não mais existe. Sem qualquer limitação, terá direito ao adicional noturno, todo e qualquer, trabalhador que labore à noite. Isso porque, “o trabalho desenvolvido nessas circunstâncias exige maior esforço, impondo tratamento especial independentemente de realizar-se ou não no sistema de rodízio” (BARROS, 2010, p.686).

As constituições subsequentes à de 1946, repetiram o que dispõe o artigo, entretanto, o art. 73 da CLT não foi expressamente alterado, razão pela qual se deve entender que a sua primeira parte foi revogada tacitamente.

Para a CLT, é considerada como jornada noturna o lapso temporal compreendido entre às 22:00 horas de um dia até às 05:00 horas do outro, é a determinação do §2º do art. 73⁸. Dispõe, ainda, no §1º, que a hora do trabalho noturno será computada como de 52 minutos e 30 segundos e, não os tradicionais 60 minutos, é o que se chama de hora ficta noturna.

Segundo Maurício Godinho (2012), tendo em vista o princípio da igualdade, o §3º do art. 73⁹, afigura-se inconstitucional. O referido doutrinador afirma, ainda, que o trabalho noturno não decorra da natureza da atividade da empresa, a jurisprudência já pacificou o entendimento no sentido de que incidem todas as regras trabalhistas protetivas, sem qualquer tratamento discriminatório.

Ressalta-se, ainda, que, de acordo com o §5º do art. 73, se depois de cumprida integralmente a jornada no período noturno esta se prorrogar, também é devido o adicional quanto às horas que ultrapassaram a sua jornada.

⁸ § 2º Considera-se noturno, para os efeitos deste artigo, o trabalho executado entre as 22 horas de um dia e as 5 horas do dia seguinte. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 9.666, de 1946).

⁹ § 3º O acréscimo, a que se refere o presente artigo, em se tratando de empresas que não mantêm, pela natureza de suas atividades, trabalho noturno habitual, será feito, tendo em vista os quantitativos pagos por trabalhos diurnos de natureza semelhante. Em relação às empresas cujo trabalho noturno decorra da natureza de suas atividades, o aumento será calculado sobre o salário mínimo geral vigente na região, não sendo devido quando exceder desse limite, já acrescido da percentagem. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 9.666, de 1946).

No tocante ao adicional noturno, se o teletrabalhador laborar por livre e espontânea vontade no turno noturno, não poderá caracterizar o adicional, não sendo imposto ao empregador esse ônus. No caso de o teletrabalhador, por determinação do empregador ou até mesmo nos casos em que o trabalho não poderá ser interrompido, fará jus ao adicional.

3.7 VANTAGENS E DESVANTAGENS DO TELETRABALHO

A importância crescente do trabalho e do uso das tecnologias de longe alcance, desafia a empresas tradicionais. As mudanças tecnológicas fizeram com que as empresas optassem por uma flexibilização no modo de organizar o trabalho.

O teletrabalho responde a necessidades, tais como o caos urbano e a poluição em que os veículos que transportam os trabalhadores produzem. Optando pelo teletrabalho, ocasionará na diminuição dos deslocamentos.

Assim, ao optar pelo instituto do teletrabalho, os envolvidos nessa relação estão submetidos as suas vantagens e desvantagens.

A principal vantagem para o trabalhador é a flexibilidade do horário de trabalho, tendo como consequência a melhora em sua qualidade de vida, desde que consiga distinguir tempo de trabalho e o tempo livre (BARROS, 2009).

Segundo José Augusto Rodrigues Pinto (2007), a principal vantagem para o trabalhador seria o conforto físico, psíquico e social, tendo em vista o trânsito das grandes cidades e o horário rigoroso das empresas.

As desvantagens dos teletrabalhadores seria a eliminação de um plano de cargos e salários, a redução de qualquer promoção e menores níveis de proteção sindical, tendo em vista que esses trabalhadores laboram a distância, sendo este um obstáculo para o fortalecimento da classe sindical.

Já a principal vantagem para o empresário é a redução de custos, uma vez que poderá reduzir o espaço imobiliário. Além disso, o empregador não terá gastos com deslocamento e irá evitar a greve de transportes públicos, bem como os acidentes de trabalhos no percurso a sede da empresa.

A principal desvantagem e, talvez, o elemento que dificulte a caracterização da relação empregatícia, é a dificuldade de direção e controle dos trabalhadores (BARROS, 2009).

Carla Carrera da Silva Jardim (2004, pag. 40) elenca as vantagens e desvantagens do teletrabalho:

Para o trabalhador, as vantagens apontadas são:

Aumento do tempo livre, já que reduz o tempo gasto com os deslocamentos casa para trabalho; flexibilidade na organização e no tempo de trabalho, segundo seu próprio biorritmo; flexibilidade no local de trabalho; redução dos gastos com transportes e combustíveis; maior convivência com os amigos, os familiares e a comunidade em que está inserido; maior oportunidade de trabalho para os deficientes físicos; integração dos portadores de imunodeficiência, dos portadores de doenças infecto-contagiosas, que são discriminados no ambiente de trabalho; possibilidade de maior fluxo de mulheres no mercado de trabalho, de trabalhadores que necessitam cuidar dos filhos ou de pessoas doentes ou de pessoas que estejam aos seus cuidados; maior estabilidade psicoemocional e menos stress cotidiano.

E continua, ao falar das vantagens que o teletrabalho proporciona para o empresário:

Maior flexibilidade na organização e na gestão de empresa e da mão de obra; redução de custos com a infra estrutura, mobiliários, transportes e mão de obra; redução do absenteísmo; maior motivação e produtividade dos empregados; redução dos níveis hierárquicos intermediários, possibilitando a conservação do pessoal mais qualificado, oferecendo-lhe melhores vantagens de localização; trabalho em tempo real com pessoas de qualquer parte do mundo; possibilidade de contratação de mão de obra mais barata, permanecendo a empresa em seus país de origem – trabalho *off-shore*

Mais adiante, Carla Carrara da Silva Jardim (2004, p.42) relata as vantagens para o governo:

Redução dos problemas com os transportes, principalmente no horário do *rush*; redução dos índices de poluição redução com os gastos de combustível; melhor organização do território; promoção dos subúrbios e das regiões rurais; inclusão social de portadores de deficiências, idosos, portadores de imunodeficiência, portadores de doenças infecto-contagiosas, muitas vezes discriminadas no ambiente de trabalho.

Segundo Vera Regina Loureiro Winter (2005), os trabalhadores que são portadores de deficiência física, são pessoas que necessitam laborar em casa ou que precisam de transporte adequado para se conduzirem ao trabalho e, existem empresas que já utilizam da mão de obra desses trabalhadores, tornado os empregados mais produtivos, com a ajuda da tecnologia.

O teletrabalho também encontra resistências, sendo que a mais contundente seria proveniente dos próprios dirigentes, por impor a redução do quadro intermediário, retratando crise na tradicional hierarquia (JARDIM, 2004)

Outrossim, as desvantagens do teletrabalho, tanto para o trabalhador, como para o empregador e sindicatos são: pouco contato com colegas e dirigentes; dispersão dos trabalhadores pelo território, dificultando as ações sindicais; salários diferenciados; dificuldade de reunir os

teletrabalhadores; aumento no custo de formação dos teletrabalhadores e doenças relacionadas a tecnologia

4 O REGIME GERAL DE SOBREAVISO NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

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.

Assim é que se faz necessário a sua abordagem.

4.1 O REGIME DE SOBREAVISO NO TELETRABALHO

De acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho, as horas de sobreaviso serão remuneradas à razão de um terço do salário normal, não podendo a escala perfazer mais de 24 horas.

A CLT a regulamentou a condição do sobreaviso em seu artigo 244 em que:

Art. 244. As estradas de ferro poderão ter empregados extranumerários, de sobreaviso e de prontidão, para executarem serviços imprevistos ou para substituições de outros empregados que falem à escala organizada.

§ 2º Considera-se de "sobreaviso" o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de "sobreaviso" será no mínimo, de 24 (vinte e quatro) horas. As horas de "sobreaviso" para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal.

Isabela Marcia de Alcântara Fabiano (2011) salienta que originariamente, o sobreaviso foi previsto como parâmetro privativo da categoria profissional dos ferroviários. Conforme histórico do teletrabalho acima descrito, nas décadas de 1960 e 1970, a malha ferroviária brasileira estava em expansão, ao passo que os meios de comunicação ainda eram singelos – o que exigia a presença do empregado em casa para, havendo necessidade, ser facilmente localizado para atender a chamado emergencial do empregador.

Sobreaviso é definido, por José Augusto Rodrigues Pinto e Rodolfo Pamplona Filho (2000, p. 478), como “O regime de trabalho pelo qual o empregado se mantém à disposição do empregador, em sua própria residência, obrigando-se a atender a chamada para efetiva prestação de serviço a qualquer momento da jornada ajustada”.

O artigo 244, parágrafo 2º da CLT conceitua o sobreaviso aduzindo que “o empregado efetivo que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço”.

O caput do artigo 244 da CLT trata de serviço ferroviário, sendo o sobreaviso estendido analogicamente aos demais trabalhadores em razão da inexistência de dispositivo legal que aborde o tema aos outros trabalhadores.

Francisco Milton Araújo Júnior (2009, p.65), ao tratar do instituto do sobreaviso, discorre que:

A percepção do sobreaviso pressupõe a limitação do direito do empregado de livre dispor do seu tempo de descanso, haja vista que, inclusive faz referência à permanência do trabalhador em sua residência aguardando, a qualquer momento, o chamado para desempenho das atividades laborais.

Com o advento dos meios temáticos e tecnológicos, as empresas passaram a informatizar seus mecanismos, provocando profundas modificações do enquadramento do regime do sobreaviso no ordenamento jurídico nacional, tendo em vista a facilitação de comunicação entre empresa e empregado, para atender necessidades daquela.

Feliz foi a passagem transcrita por Francisco Milton Júnior (2009, p.65) quando afirma que:

Esses meios tecnológicos passaram a limitar a liberdade do trabalhador durante as suas folgas, especialmente quando se considera o aspecto psicológico, na medida em que, embora possua alguma mobilidade, o trabalhador deve não apenas restringir os seus deslocamentos à área de abrangência da operadora de telecomunicações que controla a transmissão de dados e voz, como também se verifica que o obreiro efetivamente não consegue relaxar ou mesmo desenvolver atividades com a concentração necessária, pois internamente, em seu psique, tem a expectativa de, a qualquer momento, ser convocado pelo empregador para que retorne aos seus serviços imediato.

Logo, as necessidades sociais atuais contribuem para a ampliação do regime do sobreaviso, uma vez que a população necessita de serviços específicos, tais como na área de saúde, em que os médicos clínicos ficam em atendimento, enquanto que os cirurgiões ficam de plantão, mantendo-se de sobreaviso para atender quando requisitado.

Desta forma, o médico que está de sobreaviso, pela própria característica desse regime, não poderá se ausentar, sendo que quando requisitado, terá que comparecer ao hospital.

Vale ressaltar que sobreaviso não é o mesmo que prontidão, que está previsto também no artigo 244 da CLT, porém disposto nos parágrafos 3º e 4º, como seguem:

Art. 244 [...]

§ 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. (Restaurado pelo Decreto-lei n º 5, de 4.4.1966)

§ 4º Quando, no estabelecimento ou dependência em que se achar o empregado, houver facilidade de alimentação, as doze horas do prontidão, a que se refere o parágrafo anterior, poderão ser contínuas. Quando não existir essa facilidade, depois de seis horas de prontidão, haverá sempre um intervalo de uma hora para cada refeição, que não será, nesse caso, computada como de serviço. (Restaurado pelo Decreto-lei n º 5, de 4.4.1966)

Na condição de prontidão o empregado aguarda o comando do empregador no próprio estabelecimento do empregador, situação que se vê contrária a do sobreaviso, sendo que neste o empregado não é mais necessário permanecer em casa para que caracterize o sobreaviso, bastando apenas o estado de disponibilidade.

No regime de prontidão a forma de remuneração também difere do sobreaviso. Naquele, o pagamento é realizado à razão de dois terços da hora normal, conforme depreende do parágrafo 3º do artigo 244 da CLT.

Ressalte-se, ainda, que tanto o sobreaviso quanto a prontidão são regime excepcionais de trabalho que provocam limitações aos direitos dos empregados, no que ambas as situações devem ter interpretação restritiva, pois, em regra, o tempo que o empregado se encontra à disposição do empregador deve ser considerado como tempo de serviço efetivo.

Ocorre, entretanto, que esta é a única regulamentação legal encontrada em toda a legislação trabalhista brasileira acerca do tema e data da publicação em abril de 1966, permanecendo inalterada até os dias atuais. Em decorrência disso, poucos são os trabalhos encontrados a esse respeito, o que dificulta, inclusive, pesquisa.

4.1.1 A súmula 428 do tribunal superior do trabalho com relação à lei 12.551/2011

Até a publicação da Lei nº 12.551 em 16 de dezembro de 2011, esta era a redação do artigo 6º da CLT: “não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego”.

No que se refere ao sobreaviso, o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho era, de acordo com a Súmula 428 (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 49 da SBDI-I), que

O uso de aparelho de intercomunicação, a exemplo de BIP, ‘pager’ ou aparelho celular, pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que o empregado não permanece em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço.

De acordo com a edição original da Súmula 428 do TST, o empregado que trabalha utilizando equipamentos de intercomunicação – BIP, Pager ou celular – não teria o direito a receber por horas de sobreaviso, pois a simples utilização de tais aparelhos não faz com que o empregado esteja obrigado a se manter fixo em sua residência à espera do chamado do empregador, de modo que sua mobilidade não se encontra restringida, não o impedindo de se deslocar para outros locais.

Nesse sentido, jurisprudência previa ser “necessária a permanência do empregado em sua casa para que se configure o regime de sobreaviso, sendo certo que o uso de instrumentos de comunicação (BIP, telefone celular ou rádio), *per se*, não caracteriza o sobreaviso. Incide a Súmula nº 428 do TST. Recurso de revista conhecido e provido (sic)”. (RR 1046002520055010461 104600-25.2005.5.01.0461. Ac. 1ª Turma. Publicação: DEJT 26/08/2011).

Para a 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST), a utilização de telefone celular fora da jornada de trabalho por si só não caracteriza a condição de sobreaviso, pois o direito a recebimento por horas de sobreaviso está relacionado à comprovação, por parte do empregado, de que ele se mantinha em sua residência, tendo sua mobilidade restringida, aguardando a convocação do empregador que poderia solicitar seus serviços a qualquer momento.

Segundo esse entendimento, o empregado que simplesmente utilizava celular não estava completamente à disposição de seu empregador, podendo se locomover e afastar de sua residência sem causar impactos aos chamados do tomador do serviço.

A antiga redação da súmula adveio de reiteradas jurisprudências que tratavam do aspecto do sobreaviso quando demonstrado, pelo empregado, o uso de celulares. Porém, o ponto mais significativo do texto sumular refere-se ao uso de aparelhos de intercomunicação, de forma que ter utilizado em seu texto as expressões “BIP”, “pager” ou “celular” que, em verdade, contempla, apenas, o rol exemplificativo dos que seriam os referidos equipamentos de intercomunicação.

Interessante ponto de debate da súmula se encontra no fato de demonstrar se efetivamente o empregado trabalhou em razão do sobreaviso e não apenas na simples possibilidade de ser chamado pelo empregador. Nesse sentido, é necessário haver a restrição da liberdade de locomoção para ser caracterizado o regime de sobreaviso. Assim a jurisprudência vinha se posicionando:

HORAS DE SOBREAVISO. Na forma consubstanciada na nova redação da Orientação Jurisprudencial nº 49 da SBDI-1 do TST, o uso do aparelho de intercomunicação pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que o empregado não permanece em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço. Nesse contexto, o simples fato de o empregado poder ser contatado fora do expediente não resulta em direito às horas de sobreaviso postuladas. Recurso de Revista conhecido e provido. (RR-50800-33.2005.5.17.0010, Ac. 8ª Turma, DEJT 10.06.2011).

Na situação em tela, não restou configurado o direito às horas de sobreaviso para o empregado, pois o simples fato de ser contatado pelo empregador fora do horário contado como expediente – jornada de trabalho – não tem o condão de caracterizar direito à percepção por horas de sobreaviso. Sugere a ementa que para perceber o direito às horas em sobreaviso, deverá restar comprometida a mobilidade do empregado.

Na ementa analisada a seguir, verifica-se outra situação em que não se configurou o direito do empregado a receber horas de sobreaviso:

SOBREAVISO. HORAS EXTRAS. LIMITAÇÃO DE LOCOMOÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA nº 29/TST. Se o empregado não sofre limitação na sua liberdade de locomoção ou no tempo dedicado ao descanso em sua residência, mostra-se inviável reconhecer o sistema de sobreaviso, pelo simples fato

de o obreiro ser acionado para atender o empregador por intermédio de telefone celular (aplicação analógica da OJ nº 49/SBDI-I/TST, convertida em súmula pela sessão plenária do TST de 24.05.2011), consoante extensa jurisprudência desta Corte. No caso em exame, no entanto, o Regional, a despeito de estipular o regime de sobreaviso tão somente na frequência em que o Reclamante era acionado, nada tratou sobre a restrição ou limitação da matéria no recurso de revista, ante a ausência de prequestionamento, exigido pela Súmula 297/TST. Recurso de revista não conhecido. (RR-45100-95.2009.5.15.0041, Ac. 6ª Turma, DEJT 10.06.2011).

Novamente, observa-se que no Recurso de Revista apresentado, se o empregador contata o empregado fora do seu horário de trabalho, não há de se configurar, por si só, o direito à percepção por horas de sobreaviso, pois, *in casu*, o referido contato entre o empregado e o empregador não restringiu a mobilidade, e nem o gozo do descanso do obreiro.

Os Recursos de Revista citados abaixo representam a mesma linha de pensamento dos julgados já mencionados, todos do Tribunal Superior do Trabalho (TST):

RECURSO DE REVISTA. HORAS DE SOBREAVISO – USO DE TELEFONE CELULAR (por violação aos arts. 8º e 244,§ 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho e divergência jurisprudencial). O fornecimento de aparelho celular não implica, necessariamente, em situação de sobreaviso, exigindo a efetiva permanência do reclamante em sua residência para caracterizar o direito ao respectivo adicional. Aplicação analógica da Orientação Jurisprudencial nº 49 da SBDI-1. Recurso de revista não conhecido. (RR-86000-98.2009.5.12.0043, Ac. 2ª Turma, DEJT 10.06.2011).

REGIME DE SOBREAVISO. CONFIGURAÇÃO. Tendo o Colegiado turmário, à luz das premissas retratadas na decisão regional, concluído não ser devido o pagamento de horas de sobreaviso, uma vez que, apesar do uso de telefone celular pelo empregado, este não permaneceria em sua residência, aguardando eventual chamado, não há falar em contrariedade à OJ nº 49/SDI-I/TST, Recurso de embargos não conhecido, no tema. (E-ED-RR-143700-89.2001.5.17.0005, Ac. SDI-I, DEJT 25.02.2011).

Como se vê, a jurisprudência ainda tem, firmado o entendimento geral de que, não sendo restringida a liberdade de locomoção do empregado, e nem o obreiro sofrendo limitação do gozo de descanso, este não terá o direito à percepção do adicional de horas de sobreaviso. Para as turmas do colendo Tribunal, o critério configurador é a restrição da locomoção e/ou do descanso.

Ocorre que a regulamentação do regime de sobreaviso apenas é positivada no artigo 244, §2º da CLT, que garante ao empregado ferroviário o direito a receber remuneração equivalente a

um terço das horas que aguarda de prontidão em sua residência para eventual chamado do empregador para o início das suas atividades.

O contexto em que foi criado o artigo 244 da CLT data de um período em que a sociedade brasileira vivia em condições precárias no setor das comunicações e informações. Atualmente o cenário histórico, social e tecnológico é outro, bastante distante da época em que foi redigido o teor do texto normativo, fato que fez com que o Poder Legislativo editasse e promulgasse nova lei tratando do assunto – a Lei nº 12.551/2011.

Com o advento da Lei 12.551/2011, que alterou o artigo 6º da Consolidação das Leis Trabalhistas, equipararam-se os meio telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão para fins de subordinação jurídica, aos meio pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio, como se vê na transcrição do supramencionado dispositivo legal:

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. (Redação dada pela Lei nº 12.551, de 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. (Incluído pela Lei nº 12.551, de 2011)

Nesse diapasão, a redação da súmula 428 do TST necessitava ser revista, pois, como já fora afirmado, a Lei 12.551/2011 estabeleceu a possibilidade de supervisão da jornada de trabalho desenvolvida fora do estabelecimento patronal, em virtude dos avanços tecnológicos dos instrumentos telemáticos e informatizados que são utilizados nas relações de trabalho contemporaneamente.

Desse modo, em 14/09/2012, o Tribunal Superior do Trabalho, através da Res. 185/2012, alterou o teor da Súmula nº 428, passando a ter a seguinte redação:

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 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.

A nova súmula demonstra maior clareza no que tange à possibilidade da existência do regime de sobreaviso nos trabalhos realizados à distância – aqueles que “fogem” à subordinação tradicional, que se encontra presente nas relações de emprego.

Como se demonstrará mais adiante, para a configuração do sobreaviso haverá de existir “controle patral por instrumentos telemáticos ou informatizados”, devendo o empregado “permanecer em regime de plantão ou equivalente”.

Quanto à expressão “controle patral”, não há dúvidas de que o texto da Súmula 428 do TST consagra a subordinação do empregado através de meios telemáticos ou informatizados.

No entanto, quando a Súmula se refere ao comportamento do empregado, trata com certa vagueza, utilizando a seguinte expressão: “permanecer em regime de plantão ou equivalente”. É exatamente o termo “equivalente” que denota a mencionada imprecisão textual.

A mencionada imprecisão vem sendo paulatinamente utilizada nos mais variados diplomas legais do ordenamento jurídico nacional. Trata-se do conceito jurídico indeterminado.

Eros Roberto Grau (2009, p. 240) define os conceitos jurídicos indeterminados como aqueles:

[...] cujos termos são ambíguos ou imprecisos – especialmente imprecisos - razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplique. Neste sentido, são eles referidos como “conceitos” carentes de preenchimento com dados extraídos da realidade.

Nessa linha, os conceitos jurídicos indeterminados também são conceituados por Luis Roberto Barroso (2006, p. 313), como se observará a seguir:

[...] expressões de sentido fluido, destinadas a lidar com situações nas quais o legislador não pôde ou não quis, no relato abstrato do enunciado normativo, especificar de forma detalhada suas hipóteses de incidência ou exaurir o comando por ele extraído.

Desse modo, percebe-se que caberá ao aplicador do direito, influenciado pelas minúcias do caso concreto e também pelos valores sociais, promover o preenchimento da vagueza que a lei estabeleceu. Dessa forma, poderá ele determinar o sentido e alcance do conceito jurídico indeterminado.

Em que pese a virtude da utilização do conceito jurídico determinado – que, *in casu*, se refere às formas equiparadas do regime de plantão –, permitindo que o texto normativo se adéque as

mais variadas formas que o plano fático pode oferecer – o que garante o caráter dinâmico e aberto do ordenamento jurídico –, há, ao menos aparentemente, o risco de decisões díspares para casos análogos.

Explica-se: a utilização da técnica do conceito jurídico indeterminado permite ao juiz determinar o alcance do conceito previsto na legislação. Trata-se, portanto, de uma elasticidade interpretativa conferida ao magistrado, para que ele defina os contornos do conceito indeterminado de acordo com o caso concreto.

Como já foi mencionado, tal situação, ao invés de pacificar a jurisprudência – objetivo da utilização das súmulas no Poder Judiciário –, poderá por conduzir a uma situação em que decisões judiciais de casos análogos sejam dissonantes: um determinado comportamento pode ser equivalente ao regime de plantão para um juiz, e para outro não.

Nessa esteira, caberá ao próprio Tribunal Superior do Trabalho a regulamentação do que será “equivalente” ao regime de plantão, ou não, para fins de caracterização do sobreaviso para os empregados subordinados por via de controle telemático e/ou informatizado.

Essas alterações, portanto, irão provocar reflexos diretos sobre o instituto do sobreaviso, fazendo com que problemas acerca da interpretação do instituto tome novo norte, o que certamente implicará mudanças práticas e, por via de consequência, em um novo paradigma jurisprudencial.

4.1.2 Análise crítica da lei nº 12.551 de 15 de dezembro de 2011

Sancionada em 15 de dezembro de 2011, a nova Lei 12.551 alterou o artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e equipara os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos.

O artigo 6º da CLT, já citado, passou a vigorar com a seguinte redação: “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”.

Além disso, incluiu o parágrafo único, prevendo que “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 edição e promulgação da referida Lei trouxe para o cenário jurídico trabalhista brasileiro questões relevantes ao teletrabalho, o que implica mudanças nos rumos até hoje cristalizados nos Tribunais acerca do direito de receber adicional de horas decorrente do uso de celulares, pagers e tablets, dentre outros *gadgets*.

A Lei 12.551 veio para afastar questionamentos existentes sobre a existência de relação de emprego quando a prestação de serviço ocorrer por meios telemáticos de comunicação e informação, a exemplo as tecnologias atuais de telefonia móvel e computadores, tendo como viés a possibilidade de que o teletrabalhador adquira de vez o *status* de empregado.

Após a sanção da nova lei, o uso de meios telemáticos de comunicação e informação foi equiparado à forma de controle pessoal e direta de subordinação jurídica entre empregador e empregado.

Esta inovação, como já foi dito, serviu para que os teletrabalhadores recebessem o reconhecimento legal da condição de empregado, podendo buscar, assim, a equiparação e ampliação da tutela jurídica trabalhista. Com a sanção da nova lei, o ordenamento jurídico brasileiro passa a reconhecer, expressamente, as relações de emprego estabelecidas por meio de teletrabalho.

4.2 O SOBREAviso, A MOBILIDADE DO TELETRABALHADOR E O DIREITO À DESCONEXÃO.

Quando foi editada a nova redação da súmula 428 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) alguns de seus efeitos negativos não foram avaliados.

Com os crescentes avanços das tecnologias no setor das comunicações, informações, telecomunicações (meios telemáticos de informação e comunicação) a visualização da mobilidade do empregado não teve grande alcance.

O empregado não possui mobilidade plena, pois tem que ficar adstrito aos locais de cobertura do meio de comunicação e informação que utiliza para trabalhar. Se os empregados utilizam celulares, devem ficar situados em regiões em que sejam abrangidos pela área de cobertura de sua operadora de telefonia móvel.

Quando utilizam computadores, dependerá da internet, que possuem diversas formas de transmissão, a exemplo da *Asymmetric Digital Subscriber Line* (ADSL), é um formato de

DSL, uma tecnologia de comunicação de dados que permite uma transmissão de dados mais rápida através de linhas de telefone do que um modem convencional pode oferecer.

Outra forma de transmissão de internet é o *Wi-Fi* é uma marca registrada da *Wi-Fi Alliance*, que é utilizada por produtos certificados que pertencem à classe de dispositivos de rede local sem fios (WLAN) baseados no padrão IEEE 802.11.

Por causa do relacionamento íntimo com seu padrão de mesmo nome, o termo *Wi-Fi* é usado frequentemente como sinônimo para a tecnologia IEEE 802.11. O nome, para muitos, sugere que se deriva de uma abreviação de *Wireless Fidelity*, ou “Fidelidade sem fio”, mas não passa de uma brincadeira com o termo Hi-Fi, designado a qualificar aparelhos de som com áudio mais confiável, que é usado desde a década de 1950.

O padrão *Wi-Fi* opera em faixas de frequências que não necessitam de licença para instalação e/ou operação. Este fato as torna atrativas. No entanto, para uso comercial no Brasil é necessária licença da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).

Para se ter acesso à internet através de rede *Wi-Fi* deve-se estar no raio de ação ou área de abrangência de um ponto de acesso (normalmente conhecido por hotspot) ou local público onde opere rede sem fios e usar dispositivo móvel, como computador portátil, *Tablet*, PC ou PDA com capacidade de comunicação sem fio, deixando o usuário do *Wi-Fi* bem à vontade em usá-lo em lugares de não acesso à internet, como aeroportos.

Ocorre que mesmo imersos em tanta tecnologia, ainda assim podem ocorrer interrupções do serviço de telefonia ou de transmissão de dados, que comprometem intimamente as comunicações realizadas via canal voz, transmissão de dados ou *Internet Protocol* (IP).

São situações a que todos podem ser submetidos quando envolvidos com as tecnologias, pois interrupções podem ocorrer a qualquer momento, uma vez que mesmo havendo a garantia da eficiência do serviço por parte do seu provedor, ainda assim há que se considerar as perdas estatísticas em função impedimentos diversos e das adversidades decorrentes da sua construção. Nesse sentido, embora existam padrões de controle e qualidade, ainda assim o grau de satisfatoriedade não é garantido, nunca, a cem por cento.

Por conseguinte, comprova-se que o empregado não teria mobilidade alguma, visto ter a necessidade de aguardar suporte e retorno na prestação dos serviços de comunicações e informação, mantendo-se fixamente em sua residência à espera de uma notificação ou chamado do empregador.

A par disso, o entendimento sumulado desconsidera o chamado “direito de desconexão” do empregado como o uso desproporcional de aparelhos portáteis no *modus operandi* das atividades laborais afeta diretamente o direito de desconexão do trabalhador, é necessário adotar uma interpretação evolutiva (e “mais atenciosa”) que transponha o conservadorismo da Súmula 428 do TST, com vistas a reconhecer ao empregado o direito à percepção de horas de sobreaviso, quer pela privação de real tempo para descanso, lazer, completo refazimento físico-psíquico-mental, convívio social/familiar, quer pela limitação de seu direito de locomoção e, finalmente, por se tornar uma vítima em potencial de problemas de saúde, se é que já não os desenvolveu diante de tanta “interatividade (FABIANO, 2011.).

Verificada a restrição de mobilidade do empregado que utiliza de equipamentos telemáticos de informação e sendo, por equiparação, trabalhadores subordinados, há que se pensar nas condições e critérios de aplicação do sobreaviso, o que parece ser cabível nessa modalidade de trabalho.

O direito de locomoção é direito constitucionalmente constituído, conforme o Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – no que visem à promoção da dignidade da pessoa humana.

O empregado que fica incessantemente conectado tem sua mobilidade restringida e, logo, sua qualidade de vida, reduzida, o que reduz também a condição de pessoa humana. Muita interatividade afeta o bem-estar físico e mental do empregado, podendo desencadear outras enfermidades de cunho físico, psicológico e social.

Não se pode olvidar que a tecnologia traz à sociedade inúmeros benefícios, pois facilita enormemente a realização de um sem número de atividades, pois o mundo está cada vez mais automatizado, porém, o que não deve acontecer é tornar a humanidade escrava disso.

Pelo exposto, nota-se que o conceito de liberdade de locomoção precisa ser revisto e ampliado, pois há muito tempo as novas tecnologias de comunicação favorecem a que essa liberdade, para existir, não precisa estar efetivamente vinculada a um local físico. Portar a tecnologia junto de si, com a finalidade de trabalho, por si só já restringe a liberdade do empregado e é nesse contexto que o instituto do sobreaviso, previsto no antigo artigo 244, § 2º da CLT deve passar por uma revisão conceitual e estrutural.

5 CONCLUSÃO

Conforme passam os anos a tendência natural é que sociedade busque a evolução. Essa evolução concerne a todo um universo de possibilidades e planos tangíveis e não resta a menor dúvida que o século XX representou para a humanidade um salto tecnológico, cujo reflexo, vemos hoje, nas relações trabalhistas.

Sob essa óptica foi possível verificar o atingimento da tecnologia no campo das relações laborais e o foco deste trabalho foi o teletrabalho.

O teletrabalho é uma forma de trabalho realizada à distância, em que se utilizam meios telemáticos de comunicação e informação e o *home office* está nele inserido, representando uma das formas de trabalho em domicílio.

Tema que fez parte da exposição foi a publicação da nova Lei n.º 12.551 em 15 de dezembro de 2011, que alterou o artigo 6º da CLT e causou reflexos indiretos ao entendimento firmado hoje pelo Tribunal Superior do Trabalho, conforme a Súmula 428, principalmente no que tange ao instituto do sobreaviso.

Tendo em vista as declarações do Ministro Presidente do TST, em setembro de 2012 a súmula 428 do TST foi revista e a súmula tratou com certa vagueza o comportamento do empregado ao utilizar a expressão “permanecer em regime de plantão ou equivalente”. Esse termo “equivalente” é uma imprecisão textual.

Com esse estudo, buscou-se apresentar a configuração do trabalho *home office*, seu amparo legal e forma é configurado, fazendo parte das relações empregatícias inserindo-o no contexto do instituto do sobreaviso. O *home office* é um figura jurídica empregatícia inovadora, vez que o trabalhador realiza suas atividades no próprio ambiente familiar utilizando-se de meios telemáticos de comunicação para manter contato com seu empregador.

De acordo com a nova redação da súmula 428 do TST, caracteriza-se o sobreaviso o trabalhador que estiver em estado de disponibilidade em regime de plantão ou equivalente.

Na realidade atual do contexto tecnológico inserido nas relações trabalhistas, o simples uso de equipamentos de comunicação, como telefones celulares ou *notebooks* em função do trabalho não têm o condão de caracterizar a restrição de mobilidade do empregado, logo, nem o de perfazer o direito de receber por horas de sobreaviso.

Ocorre, porém, que tais equipamentos necessitam funcionar a uma determinada área de abrangência, o que de certa forma compromete, sim, a mobilidade do empregado, pois está sujeito ao funcionamento de tais equipamentos conforme a estrutura provedora de sua

manutenção, fazendo com que nesse intervalo de tempo seja caracterizada a restrição de sua mobilidade.

O que se tem em mente é o seguinte: cada dia mais as relações de trabalho e emprego se vêm ligadas à tecnologia sempre mais evoluída e crescente e isso lhe oferece um dinamismo incrível.

As tecnologias atuais de comunicação e informação oferecem um grau de mobilidade muito elevado aos seus usuários o que, por um lado, melhora a sua qualidade de vida, pois não tem mais a necessidade de estarem adstritos ao espaço físico do empregador, reduzindo o tempo com traslados até o serviço, facilitando o convívio freqüente com o ambiente familiar etc.

Por outro lado esses não podem ser considerados os motivos exclusivos para que o empregado tenha o direito à percepção por horas de sobreaviso, somente pelo fato de utilizarem equipamentos telemáticos de informação e comunicação, como aparelhos celulares, *notebooks, smartphones, mobiles, bips, pagers, tablets, Iphones*.

Isso porque a alteração ocorrida no artigo 6º da CLT, na verdade, não mudou em nada a condição já existente do instituto do sobreaviso, mas o cerne de mudança já começou a partir da nova Lei 12.551/2011, que provocou burburinhos pertinentes no universo jurídico trabalhista.

O sobreaviso, da forma que foi regulamentado no artigo 244 da CLT de acordo com Decreto-Lei nº 5, de 4.4.1966, já se encontra ultrapassado pela realidade atual imersa em tanta tecnologia.

Os históricos jurisprudenciais e decisões que abarcam o sobreaviso têm como critério configurador a restrição da mobilidade do empregado. Mas até que ponto essa restrição ficará adstrita ao fator físico? A restrição da mobilidade é apenas física ou também pode ocorrer psiquicamente? A esta pergunta ainda ficarão lacunas e respostas concretas que não poderão ser dadas ainda.

Para isso, deixar-se-á em aberto o debate para que doutrina e jurisprudência pensem e decidam a respeito. O que fica aqui foi uma contribuição que poderá dar uma abertura a um novo pensamento.

O objetivo deste trabalho não foi o de trazer à tona o pensamento firme acerca da aplicação do sobreaviso. Todavia, é uma singela contribuição ao universo jurídico trabalhista sobre um novo pensar. As alterações ocorridas no artigo 6º da CLT em virtude da Lei nº 12.551/2011 foram a mola propulsora trazendo à realidade prática/atual novos questionamentos acerca de um instituto jurídico que corre o risco de já estar defasado e superado.

Por isso a nova tendência é a de ampliar a leitura do artigo 6º da CLT em face do artigo 244,§ 2º da CLT e da Súmula 428 do Tribunal Superior do. Tempo é de se libertar dos conservadorismos presentes nos tribunais.

O legislador quando inova certamente não busca exprimir linhas inúteis. As linhas da lei devem possuir uma compreensão maior do que o seu texto.

As tecnologias estão cada dia mais interferindo no universo trabalhista e conceitos arraigados, presos à letra da lei de uma época em que o Brasil andava a passos miúdos rumo ao crescimento tecnológico é “dar tiros nos próprios pés”.

Contudo, é preciso deixar que o tempo flua para que a lei se adéqüe à realidade social, econômica e tecnológica, principalmente, e para que os tribunais repensem suas decisões frente a cada caso concreto, mas deve ser para logo, pois o tempo urge. A sociedade evolui. O direito evolui.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JÚNIOR, Francisco Milton. **Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: Revista IOB, Ano XXI, n 245, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

BELMONTE, Alexandre Agra. Problemas jurídicos do teletrabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 33, n. 127, jul./set. 2007, p. 13-27.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 30 de março de 2012

BRASIL. **Lei nº 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. Diário Oficial da União. Seção 1. 16/12/2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12551.htm>. Acesso em: 02 de maio de 2013.

BRASIL. **Projeto de Lei PL nº 4505/2008**. Regulamenta o trabalho à distância, conceitua e disciplina as relações de teletrabalho e dá outras providências. Situação: Aguardando Deliberação de Recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA). Autor: Luiz Paulo Vellozo Lucas - PSDB/ES. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=420890>>. Acesso em: 02 de maio de 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Horas de Sobreaviso. Recurso de Revista: RR 860009820095120043 86000-98.2009.5.12.0043. Relator(a): Renato de Lacerda Paiva. Julgamento: 01/06/2011. Órgão Julgador: 2ª Turma. Publicação: DEJT 10/06/2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19567211/recurso-de-revista-rr-860009820095120043-86000-9820095120043-tst>>. Acesso em: 02 de maio de 2013. (Jurisprudência)

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Horas de Sobreaviso - Uso do Telefone Celular. Recurso de Revista: RR 1046002520055010461 104600-25.2005.5.01.0461. Relator(a): Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Julgamento: 10/08/2011. Órgão Julgador: 1ª Turma. Publicação: DEJT 26/08/2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20293404/recurso-de-revista-rr-1046002520055010461-104600-2520055010461-tst>>. Acesso em: 02 de maio de 2013. (Jurisprudência)

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Preliminar de Nulidade Por Negativa de Prestação Jurisdicional. Recurso de Revista: RR 1437008920015170005 143700-89.2001.5.17.0005. Relator(a): José Símpliciano Fontes de F. Fernandes. Julgamento: 05/08/2009. Órgão Julgador: 2ª Turma. Publicação: 21/08/2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5348555/recurso-de-revista-rr-1437008920015170005-143700-8920015170005-tst>>. Acesso em: 02 de maio de 2013 (Jurisprudência)

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista do Reclamado. Recurso de Revista: RR 508003320055170010 50800-33.2005.5.17.0010. Relator(a): Dora Maria da Costa. Julgamento: 08/06/2011. Órgão Julgador: 8ª Turma. Publicação: DEJT 10/06/2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19648281/recurso-de-revista-rr-508003320055170010-50800-3320055170010-tst>>. Acesso em: 02 de maio de 2013 (Jurisprudência)

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Sobreaviso. Horas Extras. Limitação de Locomoção. Prequestionamento. Súmula 297/tst. Recurso de Revista: RR 451009520095150041 45100-95.2009.5.15.0041. Relator(a): Mauricio Godinho Delgado. Julgamento: 01/06/2011. Órgão Julgador: 6ª Turma. Publicação: DEJT 10/06/2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19643878/recurso-de-revista-rr-451009520095150041-45100-9520095150041-tst>>. Acesso em: 02 de maio de 2013 (Jurisprudência)

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. São Paulo. Editora Saraiva, 2000

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Niterói, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio Universitário de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972.

COSTA, Armando Casimiro; FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades Rodrigues. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 39 ed. São Paulo: LTr, 2012

CHEIB, Ronaldo Maurílio. **O direito do trabalho dos novos tempos : "as novas tecnologias e garantias constitucionais e processuais : o direito à intimidade e de privacidade do empregado e do empregador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COSTA, Kerlen Caroline. **O home office ou teletrabalho e suas implicações legais no ambiente laboral**. In *Jornal trabalhista Consulex*, v. 28, n. 1398, out. 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009

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

ESTRADA, Manuel Martín Pino. Panorama juslaboral do teletrabalho no Brasil, OIT, Venezuela e Espanha. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 123, jul./set. 2006, p. 97-119

FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara. **Súmula nº 428 do TST: sobreaviso, tecnologia e saúde do trabalhador**. In *Jornal trabalhista Consulex*, v. 28, n. 1396, out. 2011.

FINCATO, Denise Pires. **Teletrabalho: uma análise juslaboral. Questões controvertidas de direito do trabalho e outros estudos**. In *Justiça do trabalho*, v. 20, ago. 2003.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Teletrabalho e trabalho a distância : considerações sobre a Lei nº 12.551/11**. In *Jornal trabalhista Consulex*, v. 29, n. 1408, jan. 2012.

GBEZO, Bernard E. **Otro modo de trabajar: la revolución del teletrabajo**. In *Trabajo*, revista da OIT, nº 14, dezembro de 1995.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

JARDIM, Carla Carrara da Silva. **O teletrabalho e suas modalidades**. São Paulo: LTr, 2004

JÚNIOR, Francisco Milton Araújo. Análise da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho sobre a percepção de sobreaviso decorrente da utilização de celular/bip a partir da teoria de Hans Kelsen e Ronald Dworkin. **Revista IOB trabalhista e previdenciária**. Porto Alegre, IOB Thompson, v. 21, n. 245, nov. 2009, p. 64-88.

MARTINEZ, Luciano, **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto, **Direito do Trabalho**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2009

PINTO, José Augusto Rodrigues; PAMPOLHA FILHO, Rodolfo. **Repertórios de conceitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, v. 1, 2000.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2007

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004

REIS, Jair Teixeira dos. **Subordinação jurídica e o trabalho à distância**. São Paulo : LTr, 2007.

RESEDÁ, Salomão. O direito à desconexão – uma realidade do teletrabalho. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, v. 71, n. 07, jul. 2007, p. 820-829.

SERVICO BRASILEIRO DE APOIO À MICRO E PEQUENA EMPRESA (SEBRAE). **Home Office**. Disponível em: http://www.pa.sebrae.com.br/sessoes/pse/tdn/tdn_home.asp.> Acesso em: 01 maio de 2013.

SILVA, Frederico Silveira e. **O teletrabalho como novo meio de laborar e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico**. In Revista CEJ, v. 8, n. 27, out./dez. 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo; FILHO, João de Lima Teixeira. **Instituições de direito do trabalho**. 21. ed. v. 1 São Paulo: LTr, 2003.

VARGAS, Luiz Alberto de, FRAGA, Ricardo Carvalho. **Avanços e Possibilidades do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr. 2005

WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho: uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: LTr, 2005.