



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

REBECA SILVA JAMBEIRO

**O DIREITO À DESCONEXÃO COMO INSTITUTO
FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO NO TELETRABALHO**

Salvador
2018

REBECA SILVA JAMBEIRO

**O DIREITO À DESCONEXÃO COMO INSTITUTO
FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO NO TELETRABALHO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

REBECA SILVA JAMBEIRO

O DIREITO À DESCONEXÃO COMO INSTITUTO FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO NO TELETRABALHO

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, ____/____/ 2018

A
Todos aqueles que, de alguma forma,
concluíram para a conclusão deste
trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, que me concedeu força e determinação para vencer os obstáculos e alcançar os meus objetivos; e

À minha mãe, Maria Nilma, por todo amor e apoio durante essa árdua jornada.

À Faculdade Baiana de Direito e seus funcionários, pela disponibilidade e solicitude.

“Mesmo que a rota da minha vida me conduza a uma estrela, nem por isso fui dispensado de percorrer os caminhos do mundo”.

José Saramago

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo demonstrar como o instituto do direito à desconexão é fundamental na proteção dos trabalhadores, principalmente a dos teletrabalhadores.

Para tanto, abordou-se como o processo de globalização e revolução tecnológica alteraram as relações trabalhistas ao longo dos anos. Analisados, brevemente, os aspectos históricos, proceder-se-á ao estudo do instituto do Teletrabalho, dando ênfase às suas modalidades, classificações, vantagens e desvantagens e a subordinação jurídica.

Por fim, no último capítulo será abordado o conceito do direito à desconexão ao trabalho, tangenciando-se seus pontos de contato com os direitos fundamentais do trabalhador à dignidade da pessoa humana, ao lazer e à preservação de sua saúde, higiene e segurança. Serão apontadas também as responsabilidades pelo descumprimento do direito à desconexão e indicadas as possíveis ações para a sua efetivação.

Palavras-chave: direito à desconexão; reforma trabalhista; flexibilização; teletrabalho; período de descanso.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
arts.	Artigos
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
EUA	Estados Unidos da América
ITAC	Associação Internacional de Teletrabalho e Conselho
MPT	Ministério Público do Trabalho
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Superior Tribunal Federal
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 OS PROCESSOS DE GLOBALIZAÇÃO E OS SEUS REFLEXOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO	12
3 O TELETRABALHO	21
3.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO TELETRABALHO	21
3.2 ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO PARA CARACTERIZAÇÃO DO TELETRABALHO	27
3.3 CLASSIFICAÇÃO DO TELETRABALHO	34
3.4 MODALIDADES DO TELETRABALHO	37
3.5 O PODER DE CONTROLE DO EMPREGADOR	38
3.6 JORNADA DE TRABALHO NO TELETRABALHO	42
3.7 VANTAGENS E DESVANTAGENS DO TELETRABALHO	44
3.8 HORAS DE SOBREAVISO	48
3.9 REMUNERAÇÃO	50
4 O DIREITO À DESCONEXÃO COMO INSTITUTO FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO NO TELETRABALHO	53
4.1 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	53
4.2 EFICÁCIA VERTICAL E HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	54
4.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TELETRABALHADOR	60
4.3.1 Dignidade da pessoa humana	61
4.3.2 Direito ao Lazer	63
4.3.3 Proteção à saúde, higiene e segurança	65
4.4 A INEXISTÊNCIA DE HIERARQUIA ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	68
4.5 DANO EXISTENCIAL	72
4.6 A IMPORTÂNCIA DO EFETIVO EXERCÍCIO DO DIREITO À DESCONEXÃO E SEUS MECANISMOS DE GARANTIA	75
4.7 O DIREITO À DESCONEXÃO COMO INSTITUTO FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO NO TELETRABALHO	77
5 CONCLUSÃO	89
6 REFERÊNCIAS	91

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento e a crescente utilização das tecnologias da informação e comunicação tem proporcionado o aparecimento de novas oportunidades e riscos, determinando um período histórico marcado por inúmeras mudanças no modo de produção econômica e de interação social.

O homem e a sociedade estão em constante evolução e, para acompanhar esse processo denominado globalização, é imprescindível que mudanças sejam adotadas no modo de ser e agir dos indivíduos.

A inserção da tecnologia, sobretudo as informacionais, produz até a atualidade diversos impactos na forma de atuação das empresas, que passaram a lidar com a utilização dos equipamentos informatizados.

O teletrabalho, fenômeno típico da globalização, é caracterizado pela forma mais moderna de trabalho, uma vez que o desempenho da prestação laboral pode ser efetuado em qualquer local geográfico com a utilização dos meios telemáticos.

Os empregadores, com a intenção de melhorar a execução dos serviços, aumentar os lucros e exercer o seu poder de fiscalização, se utilizam das inovações tecnológicas disponíveis no mercado.

Os trabalhadores, por sua vez, precisam desenvolver habilidades para operar com as novas tecnologias, que apresentam inovações constantes e implicam maiores responsabilidades.

Não obstante a esses e diversos outros benefícios que serão apontados neste estudo, não há como ignorar o fato de que essa evolução gera conflitos que nem sempre são de fácil solução, sobretudo por conta das práticas de fiscalização adotadas por alguns tomadores de serviço.

Isso por que, os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equipararam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando e supervisão do trabalho.

Nesse contexto, é necessário crer que o teletrabalhador está inserido em uma relação empregatícia que mantém presentes não só os direitos e garantias

constitucionais específicos do Direito do Trabalho, mas também aqueles direitos garantidos a todo e qualquer cidadão, como, por exemplo, o direito à desconexão.

O direito à desconexão é de fundamental importância para o trabalhador, seja ele teletrabalhador ou não, na medida em que ele confere ao empregado o direito de não permanecer sujeito às solicitações ou contatos do empregador.

Conforme se verá, ao mesmo tempo em que os avanços tecnológicos auxiliam na simplificação dos deveres da vida e possibilitam maior tempo e conforto para gozar novas experiências, também são capazes de restringir a liberdade do homem se utilizados de forma irresponsável.

O objetivo do presente estudo é demonstrar a necessidade de se efetivar o direito à desconexão como direito fundamental de proteção no teletrabalho, a fim de que seja resguardada a integridade física e psíquica do empregado.

Para tanto, foram abordadas no segundo capítulo as transformações que aconteceram nas relações de trabalho em decorrência do avanço tecnológico, impulsionado pela Revolução Tecnológica, e como o processo de globalização alterou as relações trabalhistas.

Analisados os aspectos históricos, será realizado um estudo acerca do instituto do Teletrabalho, dando ênfase às suas modalidades, classificações, vantagens e desvantagens e à subordinação jurídica.

Por fim, no último capítulo será abordado o conceito do direito à desconexão ao trabalho, tangenciando-se seus pontos de contato com os direitos fundamentais do trabalhador à dignidade da pessoa humana, ao lazer e à preservação de sua saúde, higiene e segurança. Serão apontadas também as responsabilidades pelo descumprimento do direito à desconexão e indicadas as possíveis ações para a sua efetivação.

2 OS PROCESSOS DE GLOBALIZAÇÃO E OS SEUS REFLEXOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

O final do século XX foi marcado por grandes transformações paradigmáticas, notadamente em relação à intensificação das interações transnacionais, ocasionada por vários motivos, dentre eles, a tecnologia desenvolvida pela Revolução Técnico Científica Informativa.

As transformações tecnológicas nas I e II Revoluções Industriais, ocorridas nos séculos XVIII e XIX, apareciam e se desenvolviam dentro das próprias fábricas, para somente depois serem disseminadas para a sociedade.

Ao contrário do que ocorreu nas fases citadas acima, a III Revolução Industrial “não respeitou os limites físicos da produção, nem os ritmos de amadurecimento até então observados”¹.

Assim, em pouco tempo, a sociedade em toda a sua extensão já utilizava em larga escala os equipamentos tecnológicos, como o computador e a internet, abrangendo, por exemplo, as escolas, escritórios, órgãos públicos, residências e entidades governamentais².

Em virtude da velocidade dos meios tecnológicos e do seu campo de abrangência, a economia foi considerada como norteadora da maior parte das ações, que eram propagadas a nível mundial. Eis, portanto, a era da Globalização.

O conceito de globalização foi difundido a partir da década de 80, em virtude da modernização das relações entre os Estados, notadamente no que diz respeito às relações socioeconômicas.

Pode-se afirmar, em apertada síntese, que a “globalidade é um subproduto da Revolução Industrial”³, desde que seja considerada a Revolução Industrial como um fato econômico⁴.

¹ KROST, Oscar. **O Lado Averso da Reestruturação Produtiva – A Terceirização de Serviços por Fatores**. Blumenau: Nova Letra, 2016. p. 55.

² *Ibidem*. p. 55.

³ ~~PINTO, José Augusto Rodrigues.~~ Augusto Rodrigues. A Globalização e as Relações de Capital/Trabalho. **Globalização e Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 88.

⁴ *Ibidem*. p. 88.

Nesse sentido, Rodolfo Pamplona Filho⁵ afirma que:

Um ponto de suma importância a ser destacado, porém, é que a *globalização* não é um processo primário e sim um *subproduto econômico* da tecnologia, cujo altíssimo nível de progresso provocou o terceiro surto da Revolução Industrial iniciada no século XVIII, que se vai impondo, neste final de século XX, com o nome, cada vez mais aceito de *Revolução Tecnológica*.

A *globalização*, em verdade, configura-se como o *fato econômico* gerado pela *Revolução Tecnológica*, com profundas modificações sociológicas, culturais e políticas.

A doutrina majoritária defende que o processo de globalização não é recente, tampouco se limita à ocidentalização. Trata-se, pois, de um processo que vem se manifestando ao longo dos anos através dos “fenômenos culturais, como a disseminação do conhecimento e compreensão (sobretudo, a ciência e tecnologia), mas também por aspectos sociológicos *stricto sensu* (grandes migrações) e econômicos (expansões empresariais transnacionais)”⁶.

Nesse contexto, Vólia Bonfim Cassar⁷ leciona que:

A globalização é o processo mundial de integração de sistemas, de culturas, de produção, de economias, do mercado de trabalho, conectando comunidades e interligando o mundo através de redes de comunicação e demais instrumentos tecnológicos, quebrando fronteiras e barreiras. Acarreta transformações na ordem econômica mundial, abalando principalmente países de economia mais frágil.

Como se vê, a globalização enfraqueceu os países mais frágeis, abalando sobremaneira os Estados, vistos até então como símbolo de poder incontestável e de representação da soberania das nações.

Entretanto, como bem enfatiza o Professor Miguel Reale⁸:

Há alguns ideólogos que sonham com uma economia globalizada no sentido de uma universalidade abrangente da humanidade toda, na qual os estados não teriam mais papel próprio. Eu penso que é ao contrário,

⁵ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A Nova Face do Direito do Trabalho e a Globalização. **Globalização e Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 259.

⁶ *Ibidem*. p. 259.

⁷ CASSAR, Vólia Bonfim. **Princípios trabalhistas, novas profissões, globalização da economia e flexibilização das normas trabalhistas**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 5.

⁸ REALE, Miguel. A Globalização da Economia e o Direito do Trabalho. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, ano 61, n. 01, jan. 1997, p. 12.

exatamente em virtude deste desequilíbrio tecnológico, não é possível pensar num estado evanescente, num estado fraco, mas, ao contrário, é preciso respeitar a identidade de cada povo, de cada nação, não apenas pela sua língua e pelas suas tradições, mas também pela defesa e salvaguarda de seus próprios interesses. Então o primeiro personagem que deve cuidar do alcance do equilíbrio é o Estado. Não concebido como uma soberania toda poderosa, mas, ao contrário, como um centro de poder capaz de atuar como cooperadora e realizadora de uma aliança de caráter internacional.

Como se vê, o ilustre professor, noutras palavras, afirma que, com a realização de alianças de integração regional entre países, cujas afinidades e obstáculos são frequentes, é possível a formação de blocos homogeneizados na atividade econômica.

Oportuno se faz colacionar o entendimento do professor Fernando Machado Silva Lima⁹:

Mundo de hoje, marcado pela globalização, que se apresenta como única alternativa possível, extinguindo de vez com os sentimentos nacionalistas, os Países ricos ocupam posições privilegiadas em matéria de riqueza e poder, que em nada contribuem para a manutenção da paz mundial, ou para o respeito aos direitos individuais e sociais do homem.

[...]

As grandes empresas controlam a economia e o poder em escala mundial, comandando quase que integralmente a política estatal dos países do Terceiro Mundo, que cada vez mais abdicam de sua soberania ao se endividarem, pela opção de um modelo econômico de impossível auto-sustentação, desenvolvido com tecnologia estrangeira adquirida a peso de ouro.

No que tange especificamente ao trabalho, a globalização ocasiona a livre circulação de trabalhadores entre países integrantes do mesmo bloco, a flexibilização e a desregulamentação das relações de trabalho, a precarização do contrato de trabalho e o desemprego estrutural¹⁰.

⁹ LIMA, Fernando Machado da Silva. O terceiro mundo e a globalização. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69/o-terceiro-mundo-e-a-globalizacao>>. Acesso em: 5 de maio de 2017.

¹⁰ SOARES FILHO, José. *Op. cit.* p. 1170.

O fenômeno da globalização – ressalte-se, mais uma vez, oriundo da Revolução Tecnológica –, em virtude dos meios informáticos, está constituindo uma nova sociedade e, conseqüentemente, uma nova forma de trabalho.

São diversos os ramos do direito do trabalho atingidos pelos reflexos da globalização e, sem dúvida, tal fenômeno incidiu e continuará incidindo diretamente nas relações trabalhistas.

No ordenamento jurídico, a sociedade globalizada e o Direito do Trabalho deverão observar a agilidade e a flexibilidade com que são firmadas as relações de interesses entre os trabalhadores, que foram aqueles mais atingidos pelas inovações tecnológicas¹¹.

Com o advento da Revolução Tecnológica, surgiram três subprodutos da globalização, a saber: **(i)** flexibilização; **(ii)** terceirização; e **(iii)** cooperativismo de trabalho. Vejamos cada um deles.

A flexibilização possui como objetivo principal adaptar o Direito do Trabalho às exigências da sociedade atual e às mudanças de ordem social e econômica existentes nas relações de trabalho.

Nesse sentido, nas palavras de Ney Prado:

A flexibilização deve ser uma orientação geral, mas sua realização será um desafio a ser superado em casa setor jurídico que interfira na economia. O problema que se propõe, em consequência, ao político e ao jurista, é a busca desses pontos de interseção, que admitem maior ou menor flexibilização normativa e interpretativa. De modo particular, serão três os setores – o penal, o fiscal e o laboral – aqueles que deverão receber especial atenção, ainda porque as ênfases da flexibilização não poderão ignorar os diferentes conteúdos éticos que informam, respectivamente, o Direito Penal, o Direito Tributário e o Direito do Trabalho.

Vale ressaltar que, partindo da premissa do ser e do dever ser do Direito do Trabalho, pode-se afirmar que a flexibilização atua como um “protetor estatal do Direito do Trabalho para o campo da vontade dos próprios sujeitos ou grupos interessados na formação da relação de trabalho”¹².

¹¹ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Op. cit.* p. 109.

¹² PINTO, José Augusto Rodrigues. *Op. cit.* p. 109.

Entende-se por flexibilização o conjunto de mecanismos destinados a ajustar o Direito do Trabalho com as constantes transformações que lhe são impostas, ocasionadas por fatores diversos, como os econômicos, tecnológicos e sociais.

Dessa forma, pode-se afirmar que o Direito do Trabalho “pode ser flexibilizado pela *criação de normas*, pela *interpretação das normas* e pela *negociação das normas*”¹³, de modo que a sua ênfase maior deve ser direcionada para o processo de negociação das normas, por estar intimamente ligada à vontade de seus destinatários.

Entretanto, é preciso que haja muita cautela ao flexibilizar as normas, na medida em que devem elas assegurar o respeito aos princípios de interesse social ou de ordem pública que estão inseridos no ramo trabalhista.

Considerada, portanto, indispensável para a concretização da harmonia na relação empregador empregado, deve ser adotada em todos os âmbitos das relações trabalhistas com o objetivo de assegurar o cumprimento das normas constitucionais.

Sobre o tema, Vólia Cassar Bomfim¹⁴ afirma que:

A flexibilidade de normas trabalhistas de forma responsável, utilizada como medida excepcional para a manutenção ou recuperação da saúde da sociedade empresária ou empresário, é a resposta que mais harmoniza com os postulados constitucionais de valorização da dignidade da pessoa humana e como proteção fundamental ao trabalho. A medida também ajuda a evitar uma crise social mais grave e o aumento do desemprego.

Corroborando tal entendimento, Amauri Nascimento propõe uma excelente orientação sobre como se deve proceder à flexibilização sem violar o Direito do Trabalho, senão vejamos:

A flexibilização pode ser conveniente para alguns fins, sem perda do sentido do direito do trabalho, mas deve ser acompanhada da adoção de outras medidas cada vez mais presentes nos ordenamentos jurídicos e que podem evitar a perda do ponto de equilíbrio na relação jurídica de trabalho, dentre as quais a representação dos trabalhadores na empresa, a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados, a adequada regulamentação da dispensa arbitrária ou sem justa causa, no sentido de impedir dispensas

¹³ *Ibidem*. p. 109.

¹⁴ CASSAR, Vólia Bonfim. **Princípios trabalhistas, novas profissões, globalização da economia e flexibilização das normas trabalhistas**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 65.

retaliativas... um sistema eficiente de seguro-desemprego, estatal e não estatal, complementação de planos de saúde pela empresa [...].

O processo de flexibilização das relações trabalhistas assume várias categorias, dentre elas, a terceirização, que configura o “corolário lógico da fragmentação da atividade empresarial sob o influxo da conveniência tecnológica”¹⁵.

A terceirização, em sentido amplo, é uma forma de descentralização da atividade empresarial mediante delegação contratual de suas atividades meio na linha geral de produção.

Significa dizer que, por intermédio dela, as empresas e a própria administração pública se valem da contribuição de empresas terceiras para o desempenho de serviços não inerentes às suas atividades essenciais, cujo objetivo é reduzir os custos.

Conforme foi dito anteriormente, a terceirização é um dos subprodutos naturais da Revolução Tecnológica que, com a inserção dos meios tecnológicos, possibilitou a troca da base fordista para a toyotista.

Para que haja uma melhor compreensão sobre a importância e o contexto do teletrabalho, que será abordado no capítulo seguinte, faz-se mister comparar os modelos de produção capitalista, clássico e pós industrial.

O taylorismo foi o sistema de produção implantado por Frederick Taylor, criador do movimento da Administração Científica, que consistia em organizar o sistema industrial por meio da hierarquização e sistematização, no qual os trabalhadores desempenhavam atividades específicas, de acordo com sua capacidade, com objetivo de evitar o desperdício de tempo despendido nas atividades, e como consequência aumentar a produtividade¹⁶.

Esse modelo de produção deu origem ao modelo fordista e toyotista, que foram inseridos por duas grandes fábricas de automóveis. O primeiro, denominado de fordista, iniciado na década de 1930, e o segundo toyotista, ocorrido nos anos de 1950.

¹⁵ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Op. cit.* p. 111.

¹⁶ MARTINS, Fernando Antônio Galvão. Um passeio pelo Taylorismo, Fordismo e Toyotismo. **Revista do Programa de Pós Graduação em Direito pela Universidade da Amazônia**. Belém: UNAMA, v.1, n.1, 2005, p. 187-190.

Assim como o nome Taylor está associado à Administração Científica, Henry Ford está associado à linha de montagem móvel. O modelo fordismo foi por ele implantado na década de 1930¹⁷.

No modelo de produção fordista, o trabalho era fragmentado, sendo construído em série e sem grandes modificações de seus modelos. A produção, por sua vez, era guardada em estoque e a empresa era verticalizada, de modo que controlava todas as áreas e fases da produção em um único local, desde a matéria prima até o transporte dos produtos¹⁸.

Nesse modelo, a supervisão e o controle de qualidade permaneciam centralizados em um único superior hierárquico. Não havia, portanto, desempenho intelectual do trabalhador. Posteriormente, esse modelo de produção entrou em declínio¹⁹.

O sistema Toyota de Produção foi criado por Eiji Toyoda e foi implantado após o término da Segunda Guerra Mundial. Os princípios do toyotismo eram basicamente dois, a saber: a eliminação de desperdícios e a fabricação com qualidade²⁰.

Na estrutura toyotista, a produção era feita sob medida, de acordo com a demanda e as exigências do consumidor. Não havia desperdício, logo, não havia também a necessidade de estocar produtos, o que diminuía o custo operacional da empresa²¹.

As empresas eram horizontalizadas, de modo que se terceirizava e subcontratava a maior quantidade possível de setores. Aqui, o trabalhador tinha que ter aptidão para operar as máquinas e executar múltiplas funções simultaneamente²².

Nesse modelo, as tarefas múltiplas eram repetitivas e rápidas, o que ocasionava maior estresse ao trabalhador, em virtude da maior responsabilidade e menor porosidade da jornada do labor²³.

¹⁷ MARTINS, Fernando Antônio Galvão. Um passeio pelo Taylorismo, Fordismo e Toyotismo. **Revista do Programa de Pós Graduação em Direito pela Universidade da Amazônia**. Belém: UNAMA, v.1, n.1, 2005, p. 190-192.

¹⁸ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. O Teletrabalho: Importância, Conceito e Implicações Jurídicas. *In*: MANNRICH, Nelson; FLORINDO, Valdir; FREDIANE, Yone; VOGEL, Gustavo. (Orgs.). **Novos temas e desafios no mundo do trabalho (ADT): anais da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 283.

¹⁹ *Ibidem*, p. 283.

²⁰ MARTINS, Fernando Antônio Galvão. *Op. cit.* p. 192.

²¹ ALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Op. cit.* p. 283.

²² *Ibidem*. p. 283.

²³ *Ibidem*. p. 283.

Nesse contexto, foi necessário implantar os círculos de qualidade (CCQS), desenvolvido por Dr. Kaoru Ishikawa, e os controle de qualidade total (CQTs), ficando os próprios trabalhadores responsáveis pela fiscalização mútua, não havendo, pois, a figura do superior hierárquico²⁴. A prioridade, portanto, era oferecer qualidade, e não quantidade.

Cabe ressaltar que, enquanto o fordismo era marcado pela economia capitalista que se materializava através do consumismo ensejado pelo aumento de salário, no toyotismo não havia nenhuma compensação para os trabalhadores que tivessem seus talentos reconhecidos²⁵.

Com o advento das novas tecnologias na sociedade laboral, o perfil dos trabalhadores passou a ter um caráter totalmente distinto da época do taylorismo, fordismo e toyotismo. No cenário atual, os trabalhadores dependem de sua atividade intelectual para o bom desempenho da sua função.

A terceirização, por sua vez, possui duas vantagens, a saber: **(i)** facilita a expansão do setor terciário, que compreende as atividades não inseridas nos setores primário e secundário, e **(ii)** estimula a organização de empresas de pequeno e médio porte²⁶.

Por último, o cooperativismo é caracterizado pela colaboração de pessoas ou grupos, cujos interesses sejam comuns, com o intuito de se obter vantagens em atividades econômicas.

Assim, ele se demonstra capaz de operar contra o desemprego estrutural e a precarização do trabalho, marcas dos novos tempos da era globalizada, fruto de uma das crises desencadeadas pela Revolução Tecnológica.

Em relação ao desemprego estrutural, ocasionado por diversas causas em vários países, sobretudo nos Estados Unidos e na Europa, prejudicou a sociedade, na medida em que comprometeu a observância dos princípios basilares, como o valor

²⁴ *Ibidem*. p. 283.

²⁵ *Ibidem*. p. 283.

²⁶ PINTO, José Augusto Rodrigues. A Globalização e as Relações de Capital/Trabalho. **Globalização e Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 111.

social do trabalho, a dignidade da pessoa humana e a erradicação da pobreza, cuja finalidade era reduzir as desigualdades sociais²⁷.

É importante ressaltar que a cooperativa de trabalho propicia a organização dos trabalhadores para terceirização de sua atividade comum. Assim, ela “contratará com a empresa a execução das atividades que lhe forem solicitadas e seus associados irão executá-los, mediante remuneração pela própria empresa e sem ela estabelecerem relação de emprego”²⁸.

Conforme foi abordado, diversos fatores atentaram contra o padrão tradicional da relação de emprego, de modo que é essencial a flexibilização da relação empregatícia, mediante as novas formas de trabalho.

²⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do Trabalho: relações individuais e coletivas de Trabalho**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 75-76.

²⁸ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Op. cit.* p. 113.

3 O TELETRABALHO

3.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO TELETRABALHO

A Lei n. 13.467/17, que estabeleceu a chamada Reforma Trabalhista, promoveu significativo impacto no âmbito das relações de trabalho, uma vez que trouxe alterações profundas em institutos relevantes do Direito do Trabalho.

Dentre as inúmeras inovações, destaca-se para exame neste estudo, por sua singular relevância, a nova disciplina do Teletrabalho, por meio da criação do Capítulo II – A, arts. 75-A a 75-E.

É cediço que o avanço tecnológico na área de informática e comunicação e o desenvolvimento da economia globalizada fazem parte da constante modernização pela qual a sociedade passa. O teletrabalho, dentre as novas formas de contratação, cresceu significativamente no decorrer dos últimos anos.

A criação da expressão teletrabalho foi atribuída a Jack Nilles, pioneiro na análise do fenômeno, que definiu o teletrabalho como “qualquer forma de substituição de deslocamentos relacionados com a atividade laboral pelas tecnologias da informação, ao defender a possibilidade de se enviar o trabalho ao trabalhador ao invés de enviar o trabalhador ao trabalho”²⁹.

Atualmente, a tecnologia se consolida como uma realidade irrefutável, uma vez que as novas ferramentas tecnológicas são inerentes nas atividades exercidas pelo homem. A internet, por sua vez, é facilmente acessada através de *laptops*, *tablets*, *smartphones*, e dispõe de uma diversidade enorme de aplicativos, que permitem que seus usuários acessem qualquer tipo de informação, contratem serviços e efetuem operações.

De acordo com Mara Vidigal Darcanchy, Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, citada por Guilherme Bastos, no ano de 2006 já existiam aproximadamente 10 milhões de postos de teletrabalho na

²⁹ FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho: Aproximações Epistemológicas. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**. Porto Alegre: Magister, ano 5, n. 26, abr./mai 2009, p. 69-70.

Europa e mais de 20 milhões de teletrabalhadores nos Estados Unidos da América (EUA)^{30,31}.

Recentemente, foi divulgado pela Associação Internacional de Teletrabalho e Conselho (ITAC) que já existem mais de 40 milhões de teletrabalhadores somente nos EUA³². O Brasil, por ter o *status* de país em desenvolvimento, o avanço dessa forma de prestação de serviço tem sido gradual e em determinadas profissões.

É importante ressaltar que o apogeu do teletrabalho no Brasil ocorreu quando o Tribunal Superior do Trabalho estabeleceu a Resolução Administrativa n. 1499, de 1 de fevereiro de 2012, permitindo o teletrabalho dentro do tribunal.

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT)³³, o teletrabalho é:

uma forma de trabalho realizada a partir de um lugar distante da empresa e/ou estabelecimento, que permite a separação física entre o local de produção ou de execução da prestação do trabalho e o local onde funciona a empresa, mediante recurso de tecnologias que facilitam a informação e a comunicação.

Sobre o tema, Glória Rabelo, citada por Francisco L. Filho³⁴, entende que:

o teletrabalho é – intrinsecamente – uma forma de flexibilizar o tempo e o espaço de trabalho, mediante o recurso a tecnologias de informação e comunicação. Possibilita, de forma inovadora, um alcance extraterritorial – conveniente para as exigências da globalização – favorável a muitas atividades produtivas, fazendo cair barreiras, geográficas e até temporais.

Para Franco Filho, na obra *Globalização e Desemprego*, citado por Guilherme Bastos³⁵, o teletrabalho consiste naquele em que “o trabalhador não mantém contato

³⁰ BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Teletrabalho (*Telework* ou *Telecommuting*): uma Nova Forma de Ver o Tempo e o Espaço nas Relações de Trabalho. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Magister, ano 10, n. 58, jan./fev 2014, p. 26.

³¹ Estima-se que os centros de teletrabalho crescem em média de 30% ao ano e o volume de chamadas em torno de 20% em relação ao número de empregados. (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Os Avanços da Tecnologia e o Trabalho à Distância. *In*: MANNRICH, Nelson; FLORINDO, Valdir; FREDIANE, Yone; VOGEL, Gustavo. (Orgs.). **Novos temas e desafios no mundo do trabalho (ADT): anais da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 281.).

³² BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Teletrabalho (*Telework* ou *Telecommuting*): uma Nova Forma de Ver o Tempo e o Espaço nas Relações de Trabalho., *Op. cit.*, p. 26.

³³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenio sobre Teletrabajo**. Revista de la OIT. Espanha. N. 44, Out/2002. Disponível em <www.international.vlex.com/vid/convenio-teletrabajo-176950>. Acesso em: 21 de abril de 2016.

³⁴ LIMA FILHO, Francisco Das C. O reconhecimento Legal da Relação de Emprego do Teletrabalhador. **Revista Síntese Trabalhista Previdenciária**. São Paulo: Síntese, v. 23, n. 273, mar. 2012., p. 18.

pessoal com os colegas, mas tem condições de comunicar-se, utilizando as telecomunicações e a teleinformática”.

Nessa linha, Manuel Martín Pino Estrada³⁶, Diretor Acadêmico da Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades (SOBRATT), citado por Guilherme Bastos, conceitua o teletrabalhador como “aquela pessoa que desenvolve atividades laborais por meio de antigas e novas tecnologias de informação e comunicação, distante da sede da empresa ou da pessoa física à qual presta serviços”.

Dispondo sobre as características do teletrabalho, Pinho Pedreira³⁷ enfatiza que:

- a) trabalho executado a distância, fora do lugar onde o resultado do labor é esperado;
- b) o empregador não pode fisicamente fiscalizar a execução da prestação de serviços;
- c) a fiscalização do trabalho se faz por meio do aparelho informático e/ou dos aparelhos de telecomunicações.

Nesse contexto, diante de todas as aludidas definições doutrinárias, é possível afirmar que as características do teletrabalhado são: **(i)** trabalho subordinado; **(ii)** trabalho desempenhado fisicamente distante do empregador; e **(iii)** com utilização dos meios telemáticos e informatizados.

Na nova definição legal, de acordo com o art. 75-B, “considera-se teletrabalho a prestação de serviço preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo”³⁸.

Percebe-se que a nova lei trabalhista excluiu do conceito de teletrabalho aqueles que exercem função externa, porém sem local fixo para a realização do labor, a exemplo dos motoristas, vendedores externos, dentre outros.

³⁵ BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Teletrabalho (*Telework* ou *Telecommuting*): uma Nova Forma de Ver o Tempo e o Espaço nas Relações de Trabalho. p. 27.

³⁶ *Ibidem*, p. 27.

³⁷ PEDREIRA, Pinho. O teletrabalho. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, v. 64, n. 5, mai. 2000, p. 583-587.

³⁸ Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

Além disso, de acordo com o art. 75-B, *caput* e parágrafo único, o teletrabalho pode incluir algumas atividades eventuais nas dependências do empregador sem descaracterizar o aludido regime, como reuniões, treinamentos, entre outros.

A descaracterização do teletrabalho, por sua vez, ocorrerá se houver a exigência de comparecimento do teletrabalhador à empresa em horários predeterminados e de forma sistemática, evidenciando, por exemplo, controle de ponto.

A nova lei trabalhista também prevê nos parágrafos do art. 75-C a possibilidade de conversão entre regime presencial e de teletrabalho. Neste caso, será necessária a concordância entre as partes, mediante registro em aditivo contratual³⁹.

Entretanto, a exigência do mútuo acordo entre as partes deverá estar em conformidade com a regra geral de alteração dos contratos, prevista no art. 468, *caput*, da CLT, que diz o seguinte:

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.

Assim, a conversão do trabalho presencial em teletrabalho deverá ser mais benéfica ao teletrabalhador, de forma a compatibilizar a regra aos princípios da inalterabilidade contratual lesiva e condição mais benéfica. Na hipótese desses princípios não serem observados, é possível afirmar que a possibilidade de conversão do regime não é compatível com a base principiológica do Direito do Trabalho⁴⁰.

Também foi reconhecida a possibilidade de conversão do teletrabalho para o presencial somente por determinação do empregador. Para tanto, essa conversão

³⁹ Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

§1º. Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

⁴⁰ KATIUSCA, Lilian. Considerações essenciais acerca do teletrabalho. JOTA, quinta-feira, 05 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reforma-trabalhista/consideracoes-essenciais-acerca-do-teletrabalho-05042018>>. Acesso em 12 de abril de 2018.

deverá ser registrada em contrato escrito, sendo garantido ao empregado o prazo de transição de, no mínimo, quinze dias⁴¹.

Em relação aos instrumentos necessários à execução dos serviços, a nova lei trabalhista condiciona à previsão contratual as regras referentes à “responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado” (art. 75-D da CLT)⁴².

Entende-se, pois, que os custos referentes aos equipamentos e, principalmente, a manutenção dos insumos – como a conta de energia elétrica e da rede de dados – serão previstos em contrato escrito. Isso porque essas utilidades, por serem essenciais à prestação do labor, não integram a remuneração do empregado (art. 75 – D, parágrafo único).

Ressalte-se, ainda, que, de acordo com o art. 75-E da CLT, “o empregador deverá instruir os empregados, de maneira extensiva e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho”⁴³.

Observa-se, pois, que, embora a prestação dos serviços ocorra fora das dependências do empregado, “a responsabilidade patronal pela sanidade ocupacional permanece exigível”⁴⁴.

A análise da locução “de maneira expressa e ostensiva” propõe que haja a criação de um “portfólio de instruções com orientações claras sobre a execução do trabalho e sobre os riscos que naturalmente dele podem decorrer”⁴⁵.

⁴¹ Art. 75-C. §2º. Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

⁴² Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado.

⁴³ Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador. BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 15 de março de 2018.

⁴⁴ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 263.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 263.

Nesse sentido, inclusive, prevê o parágrafo único do aludido art. 75-E que “o empregado deverá assinar o termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador”.

Demonstrados os artigos referentes ao teletrabalho na Reforma Trabalhista, necessário se faz elucidar que o trabalho em domicílio é o gênero que compreende algumas espécies, quais sejam: o trabalho em domicílio tradicional, o trabalho executado através da utilização dos instrumentos (BIB, rádio, telefone, notadamente o celular, que passou a ser considerado uma das ferramentas mais importantes) e o teletrabalho⁴⁶.

A Lei n. 12.551/2011, que conferiu nova redação ao art. 6 da CLT⁴⁷, fez menção ao trabalho em domicílio e ao trabalho à distância, sob o claro enfoque ao teletrabalho, e reconheceu, em seu parágrafo único, que os meios telemáticos e informatizados se equiparam para fins de subordinação jurídica, senão veja-se:

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

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Como se pode observar, a distinção entre teletrabalho e trabalho em domicílio é muito tênue. O teletrabalho é aquele realizado a distância, de forma que o controle da atividade é feito mediante o auxílio dos instrumentos da telemática⁴⁸.

Em determinadas situações, contudo, o teletrabalho e o trabalho a domicílio se confundem. Por exemplo, se o trabalho for desempenhado com utilização dos

⁴⁶ LIMA FILHO, Francisco Das C. O Reconhecimento Legal da Relação de Emprego do Teletrabalhador. *Op. cit.*, p. 19.

⁴⁷ É válido ressaltar que o art. 6 não foi alterado pela reforma trabalhista.

⁴⁸ A expressão telemática tem origem na combinação das palavras telecomunicação com informática. Trata-se, por exemplo, da internet, intranet, webcam, celular, Skype, Whatsapp, teleconferência, entre outros. Configuram, portanto, serviços de transmissão de informação à distância que faz uso da telecomunicação (telefonia, satélite, fax) e da informática (laptops, softwares, redes, aplicativos). *In*: DALLEGRAVE NETO, José Affonso. O Teletrabalho: Importância, Conceito e Implicações Jurídicas. *In*: MANNRICH, Nelson; FLORINDO, Valdir; FREDIANE, Yone; VOGEL, Gustavo. (Orgs.). **Novos temas e desafios no mundo do trabalho (ADT): anais da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 282-283.

sistemas da telemática, sendo o local da prestação do serviço a residência do empregado, incidirá o teletrabalho e o trabalho em domicílio⁴⁹.

Por outro lado, em situações em que, por exemplo, determinada empresa mantiver um local distinto de sua sede para que os trabalhadores possam executar as suas tarefas, com acesso a computadores disponibilizados pela empresa e sem a presença física de superiores, haverá o teletrabalho, e não trabalho a domicílio⁵⁰.

Por fim, é importante esclarecer também que o teletrabalho não se confunde com o trabalho prestado por profissionais da área de informática, a título exemplificativo, como os analistas, programadores, digitadores e operadores⁵¹.

3.2. ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO PARA CARACTERIZAÇÃO DO TELETRABALHO

Para que seja reconhecido o vínculo de emprego entre o empregador e o prestador de serviço, é necessária a coexistência de 5 (cinco) elementos: **(i)** pessoalidade (ou prestação *intuitu personae*); **(ii)** onerosidade; **(iii)** não assunção (pelo prestador) dos riscos da atividade do tomador de serviços; **(iv)** duração não eventual ou contínua; e **(v)** subordinação.

Dispõem, assim, os arts. 2 e 3 da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 2. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§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.

§2º. Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua

⁴⁹ *Ibidem*, p. 11.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 11.

⁵¹ MARTINS, Sérgio Pinto. Trabalho à distância. **Trabalho e Doutrina**. São Paulo: Saraiva, n. 24, 2000, p. 8.

autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.

§3º. Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.

Art. 3. 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.

A relação de emprego é *intuitu personae*, isto é, é celebrado com pessoa certa e determinada, e apenas ela, é que pode prestar o serviço contratado. O empregado somente poderá ser pessoa física e deverá adimplir com suas obrigações de forma pessoal⁵².

Trata-se, pois, de uma decorrência lógica do contrato de emprego, porque quando um empregado é contratado em razão dos seus conhecimentos e características inerentes ao cargo, nada mais justo que este indivíduo desempenhe o serviço.

Percebe-se, então, que a atividade pessoal restringe-se à figura do empregado, sendo que a ele, em regra, não é facultada a sua substituição por uma pessoa jurídica ou entidade coletiva⁵³.

Entretanto, excepcionalmente, poderá ele ser substituído. Essa substituição pode ocorrer de duas formas: a primeira, com a anuência do empregador – essa situação, por exemplo, é bastante frequente em academias; e a segunda, decorrente de

⁵² Alguns autores, a exemplo de Maurício Godinho Delgado, fazem questão de sinalizar este elemento como um dos requisitos da relação de emprego. Eles fazem isso porque para eles é necessário que na relação de emprego não haja constituição de pessoa jurídica para ocupar o posto de empregado. O motivo disso é evitar a chamada “PJotização” – fenômeno onde alguns empregadores sugerem que os seus empregados constituam pessoas jurídicas como uma forma de se livrar dos direitos trabalhistas (exemplo: pessoa jurídica não tem direito à férias, 13º, aviso prévio, etc.). Então, algumas empresas dão a ilusão de que o trabalhador iria ganhar mais para que eles se constituam como pessoa jurídica e o empregador se livre de ter que conceder esse direito. Isso acontece muito com médicos, mas estes atendem a todos os requisitos da relação de emprego, então, isso é somente uma maneira de fraudar direitos. PJotizar é mascarar a relação de emprego por meio de uma pessoa jurídica e é por isso que Godinho defende o requisito da pessoa física. Nesses casos de PJotização, prevalecerá o princípio da primazia da realidade sobre a forma.

⁵³ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. O Teletrabalho: Importância, Conceito e Implicações Jurídicas. In: MANNRICH, Nelson; FLORINDO, Valdir; FREDIANE, Yone; VOGEL, Gustavo. (Orgs.). **Novos temas e desafios no mundo do trabalho (ADT): anais da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 287.

norma jurídica ou autônoma – como, por exemplo, no caso das férias, de acidente de trabalho⁵⁴.

O segundo elemento caracterizador da relação fático-jurídica é a onerosidade. O empregado tem o dever de prestar serviços e o empregador, por sua vez, deve remunerar o trabalhador pelos serviços prestados⁵⁵.

Em outras palavras, todo indivíduo que labora tem direito a uma contraprestação, seja pelo dispêndio de energia, seja por estar à disposição do empregador. Dessa forma, o pagamento nada mais é do que uma demonstração da existência da onerosidade⁵⁶.

A onerosidade pode ser visualizada sob duas perspectivas: objetiva e subjetiva. A onerosidade é objetiva consiste no efetivo pagamento que pode ser *in pecúnia* ou *in natura*. A legislação só vai garantir um percentual mínimo da contra prestação em dinheiro (30%), o restante poderá ser pago em bens, em prestações *in natura*. Já na onerosidade subjetiva existe uma intenção contraprestativa no vínculo empregatício no pagamento⁵⁷.

No tocante ao terceiro elemento, referente à não assunção dos riscos da atividade patronal, observa-se, pela própria nomenclatura que lhe é atribuída, que “o empregado não assume os riscos da atividade desenvolvida pelo empregador, estando alheio a qualquer dificuldade financeira ou econômica deste ou do seu empreendimento”⁵⁸.

Já em relação ao quarto elemento, para que seja reconhecida a condição de empregado, é necessário que os serviços contratados sejam realizados de forma contínua ao empreendimento do empregador. Entende-se por serviço contínuo aquele prestado de forma habitual, isto é, com o compromisso de renovação em períodos regulares e predeterminados.

⁵⁴ BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Teletrabalho (*Telework* ou *Telecommuting*): uma Nova Forma de Ver o Tempo e o Espaço nas Relações de Trabalho. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Magister, ano 10, n. 58, jan./fev 2014, p. 35.

⁵⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. Trabalho à distância. **Trabalho e Doutrina**. São Paulo: Saraiva, n. 24, 2000, p. 107.

⁵⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 308.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 308-309.

⁵⁸ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 175.

Nesse sentido, Orlando Gomes e Elson Gottschalk⁵⁹ afirmam que o contrato de trabalho é um contrato de trato sucessivo, de duração. Alguns contratos se exaurem com uma única prestação, como ocorre com a compra e venda. Porém não é isso que acontece no contrato de trabalho, pois há “um trato sucessivo na relação entre as partes, que perdura no tempo. A continuidade é da relação jurídica, da prestação de serviço”.

O quinto e último elemento é a subordinação. Trata-se, pois, do requisito mais discutível nos dias atuais, não por conta da sua existência, mas sim por conta da sua conceituação e limites. A palavra subordinação, etimologicamente, vem de duas palavras: sub (baixo) e *ordenare* (ordenar), ou seja, etimologicamente significa dar ordens àquele que está abaixo⁶⁰.

O ordenamento jurídico percebeu que a subordinação existente na relação de emprego não era meramente hierárquica, porque a hierarquia não era pressuposto básico para que houvesse emprego.

Falou-se também em subordinação técnica, tendo em vista que o empregador era quem detinha todos os conhecimentos técnicos e o empregado ficava sujeito a esta situação. Tratava-se de conceito oriundo da revolução industrial, mas que também não se amolda ao direito.

Na modernidade muitas vezes o conhecimento técnico é do empregado e não do empregador. O empregado, normalmente, é quem conhece com propriedade a atividade de determinado ramo.

Superado esse conceito, se falou também em subordinação econômica, na qual o empregado obedecia ao empregador por conta de uma necessidade financeira. Entretanto, o direito também visualizou que este conceito estava equivocado, visto que alguns empregados não dependem daquele valor para o sustento próprio e de sua família e, além disso, seria resumir muito o conceito de subordinação⁶¹.

⁵⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. Trabalho à distância. **Trabalho e Doutrina**. São Paulo: Saraiva, n. 24, 2000, p. 107, *apud* GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 1966; GOTTSCHALK, Elson. Curso de Direito do Trabalho. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

⁶⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 311.

⁶¹ *Ibidem*, p. 312.

Posteriormente, se falou em uma subordinação decorrente do temor reverencial do empregado em relação ao empregador, mas também não é isso que o direito defende e esse conceito foi abandonado pelo direito.

A única forma de se estabelecer a subordinação sem esses vícios foi estabelecer a subordinação jurídica, que ocorre em decorrência da existência dos poderes do empregador⁶².

O empregador possui alguns poderes dentro da relação de emprego, porque existe o interesse dele que a atividade seja prestada de maneira adequada, o que gera, por sua vez, a incidência dos poderes de fiscalização, disciplinar (que permite que o empregador aplique punição em seu empregado se este realizar falta grave), regulamentar e, inclusive um poder diretivo no empregador. O poder diretivo é o poder de comandar, ou seja, direcionar a atividade do empregado.

A subordinação está intimamente ligada à essa noção – a partir do momento que se direciono a atividade, significa que se está exercendo subordinação perante aquele empregado.

Dessa forma, subordinação nada mais é do que o exercício do poder diretivo pelo empregador. Nos primórdios das relações de trabalho, o poder diretivo era muito forte, o empregador controlava tudo e, por isso, a noção toda de subordinação jurídica era muito ligada a esse conceito clássico (no sentido de que o poder diretivo deve ser forte).

A dimensão clássica da subordinação jurídica, então, defendia que ela deveria levar a um poder diretivo forte do empregador. Ocorre que, com o passar dos anos, percebeu-se que o poder diretivo tão forte não funcionava em algumas relações. Isso porque as relações se modernizaram⁶³.

Percebe-se, pois, que a subordinação jurídica é um conceito inerente à relação de emprego, de modo que se verifica presente a sujeição do trabalhador às ordens e aos comandos do tomador de serviços em relação às atividades que serão prestadas.

Desenvolveu-se, então, no Brasil e no mundo, teses sobre a subordinação jurídica. Hoje prevalece na doutrina ainda a subordinação clássica – ligada ao controle e

⁶² *Ibidem*, p. 312-313.

⁶³ *Ibidem*, p. 313.

direcionamento forte da atividade do empregado. Contudo, existem autores que trazem outros conceitos para essa subordinação, cuja finalidade é abarcar as situações tecnológicas.

Justamente por estas situações tecnológicas, é importante ressaltar que, em virtude do desenvolvimento dos meios telemáticos e informatizados, o teletrabalho constitui nova forma de flexibilizar o emprego tradicional, uma vez que o teletrabalhador adquiriu maior liberdade para desempenhar os serviços contratados.

Entretanto, conforme se verá, o vínculo de subordinação é sutil, tendo em vista que não se exige o contato direto entre empregador e empregado. A fiscalização incide, por natural consequência, de forma mais eficiente sobre o resultado do que o desempenho, em si, do serviço contratado.

Nesse contexto, há quem defenda o teletrabalho como parassubordinado, haja vista o empregado agir com certa autonomia, executando as atividades de forma direcionada, e não subordinada⁶⁴. Porém, para que o vínculo seja reconhecido, o teletrabalhador tem que se submeter aos comandos do empregador.

A parassubordinação consiste na ideia de que trabalhador não seria empregado porque não haveria a subordinação clássica, mas existiria alguma forma de controle para a atividade do trabalhador parassubordinado.

Na Itália, esse tipo de subordinação funcionava para as pessoas que estavam no meio termo, isto é, nem era empregado e nem era autônomo. No ordenamento jurídico brasileiro, percebeu-se que não era a parassubordinação que deveria ser buscada, mas, sim, novas formas de subordinação, além da subordinação clássica.

Há, por exemplo, a ideia da subordinação objetiva que visa afrouxar o poder diretivo, porque percebe que muitos empregados nem laboram no ambiente empresarial hoje em dia, laboram de suas casas, por exemplo, ou que alguns empregados desenvolvem atividade com muita autonomia.

Para essa tese, basta analisar os objetivos do empreendimento – o poder diretivo fica mais frouxo, o empregado pode ter mais autonomia, desde que ele atenda aos objetivos do empreendimento, ou seja, esteja fazendo o seu trabalho.

⁶⁴ BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Teletrabalho (*Telework* ou *Telecommuting*): uma Nova Forma de Ver o Tempo e o Espaço nas Relações de Trabalho., *Op. cit.*, p. 36.

Impende ressaltar que a utilização dos meios telemáticos e informatizados não fornecidos pelo empregador, não descaracteriza subordinação jurídica e tampouco presume que o teletrabalhador esteja adquirindo a responsabilidade do empreendimento⁶⁵.

Há quem defenda, contudo, que o teletrabalhador não está somente juridicamente submetido, mas também estruturalmente, haja vista que suas “atribuições fazem parte dos objetivos essenciais da empresa e, por isso, nela se insere como qualquer outro trabalhador, não sendo apenas o fato de laborar fora das instalações físicas desta que afere a sua força de trabalho, elemento suficiente para afastá-lo na proteção das normas laborais”⁶⁶.

Nessa linha de intelecção, Maurício Godinho Delgado⁶⁷, sustenta que é necessário ampliar o conceito de subordinação, para que a sua forma de identificação seja a inserção estrutural do teletrabalhador na dinâmica do empregador.

Assim, posiciona-se nos seguintes termos:

Estrutural é, pois, a subordinação que se expressa 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.

Como se vê, não importa se o teletrabalhador se identificará (ou não) com as finalidades do empreendimento para o qual foi contratado, nem que receba ordens diretas dos supostos cargos de chefias, importando, de fato, que o “teletrabalhador esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços”⁶⁸.

É necessário, com isso, que seja realizada a reconfiguração do elemento subordinativo, para que os teletrabalhadores sejam protegidos pelas normas pertinentes ao trabalho subordinado, assim como os demais trabalhadores⁶⁹.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 36.

⁶⁶ LIMA FILHO, Francisco Das C. O reconhecimento Legal da Relação de Emprego do Teletrabalhador. *Op. cit.*, p. 22.

⁶⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 314.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 314.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 314.

3.3 CLASSIFICAÇÃO DO TELETRABALHO

O teletrabalho pode ser classificado por dois critérios, quais sejam: **(i)** critério locativo, que se refere ao local da prestação do serviço; e, **(ii)** critério temporal, que se refere ao tempo de execução do trabalho em relação à carga horária do teletrabalhador⁷⁰.

Em relação ao critério locativo, destacam-se quatro tipos, a saber: **(i)** teletrabalho em domicílio; **(ii)** teletrabalho em telecentros; **(iii)** teletrabalho móvel ou nômade; **(iv)** teletrabalho transnacional⁷¹.

O trabalho em domicílio, denominado de *eletronic home work* ou *home-based telework*, é a forma mais comum de prestar o serviço de teletrabalho, uma vez que é realizado fora da empresa, no domicílio do empregado ou em qualquer local por ele escolhido.

Nesse sentido, Denise Pires Fincato⁷² afirma que:

(...) O teletrabalhador fixa um local em sua residência para trabalhar, instalando ali pequena estação com acesso a meios de comunicação (...), utiliza de estrutura própria ou cedida pela empresa, disposta em sua residência, para prestar os serviços contratados (...) Tal modalidade, entretanto, revela-se propícia a situações fraudulentas, onde o teletrabalhador seja tomado por autônomo (freelance), sendo necessária a análise *in casu* para verificar a existência (ou não) do vínculo empregatício.

Como se vê, esta modalidade de teletrabalho pode ensejar situações fraudulentas, na qual o teletrabalhador pode ser considerado como autônomo, devendo ser analisado, caso a caso, para verificar a existência do vínculo empregatício.

Já o teletrabalho realizado em telecentros, também denominado de centro satélite, centro de recursos compartilhados ou centro local de teleserviço, é um modo de

⁷⁰ CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. JORGE NETO, Francisco Ferreira. O fenômeno do Teletrabalho: uma abordagem jurídico-trabalhista. **Revista Bonijuris**. Curitiba: Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, ano 24, n. 587, out. 2012, p. 26.

⁷¹ *Ibidem*, p. 26.

⁷² FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho: uma análise juslaboral. In: STURMER, Gilberto (Org.) **Questões controversas de Direito do Trabalho e outros estudos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 48-49.

organização das atividades em um espaço devidamente preparado para a execução do teletrabalho, podendo ou não pertencer à empresa⁷³.

A doutrina majoritária considera o teletrabalho em centros satélites, telecentros e *telecottages*, uma única forma de classificação. Por outro lado, a doutrina minoritária entende que é necessário que haja uma diferenciação dessas classificações, sobretudo pelo surgimento de conflitos e questionamentos trabalhistas decorrentes da utilização da tecnologia da informação e da comunicação para situações que envolvam, por exemplo, acidentes laborais ou doenças decorrentes do trabalho⁷⁴.

Cumprido, pois, estabelecer a distinção existente entre essas classificações.

De acordo com a doutrina minoritária, os centros satélites são locais de trabalho explorados por uma única empresa, mas não possuem hierarquia em sua estrutura organizacional. Trata-se, portanto, de um ambiente de troca e envio de informações de todos os teletrabalhadores de uma empresa em determinado local⁷⁵.

Os telecentros são, por sua vez, centros de recursos compartilhados mantidos de forma conjunta por diversos tele-empregadores. Normalmente são situados em locais geograficamente estratégicos e são equipados com tecnologias da informação e da comunicação de alto padrão, dispondo de computadores, telefones, fotocopiadoras, internet e qualquer outro tipo de aparelho essencial para a execução do trabalho⁷⁶.

É importante salientar que, por se tratar de um local de teletrabalho mantido por distintos tele-empregadores, é possível que haja a divisão de custos e riscos na hipótese de ocorrer, por exemplo, um acidente laboral⁷⁷.

Já os *telecottages* são centros situados em áreas populacionais pequenas, como zonas rurais ou regiões de menor escolaridade, e utilizam instalações como escolas públicas, igrejas, fazendas, todos devidamente equipados com a tecnologia necessária⁷⁸.

⁷³ CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. JORGE NETO, Francisco Ferreira. O fenômeno do Teletrabalho: uma abordagem jurídico-trabalhista. *Op. cit.*, p. 26.

⁷⁴ Nesse sentido, por exemplo, FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho: Aproximações Epistemológicas. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**. Porto Alegre: Magister, ano 5, n. 26, abr./mai 2009, p. 71-75.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 71-75.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 72.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 72-73.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 73.

Normalmente estão vinculados à iniciativas de educação a distância⁷⁹. Isso ocorre devido à necessidade de que os futuros teletrabalhadores tem de aprender a manusear os meios telemáticos.

O teletrabalho móvel, também denominado de *mobile teleworking*⁸⁰, é caracterizado pela ausência de local fixo para a prestação dos serviços⁸¹. A título exemplificativo, tem-se o trabalhador externo.

Com o fenômeno da globalização, esse tipo de teletrabalho tem se difundido muito, pois possibilita que os sujeitos da relação laboral estejam conectados por equipamentos portáteis e interativos.

Como quarta e última modalidade do critério locativo, tem-se o teletrabalho transnacional, que é aquele cujo teletrabalho é desempenhado por teletrabalhadores localizados em diversos países, com troca e envio de informações e elaboração de projetos em conjunto⁸².

Esse tipo de teletrabalho possibilita ao teletrabalhador firmar um contrato de trabalho com uma empresa situada em local distante ao da realização da prestação de serviço. Trata-se, portanto, de um labor no âmbito internacional.

Já em relação ao critério temporal, tem-se o teletrabalho *permanente, alternado e suplementar*⁸³. O teletrabalho permanente ocorre quando o tempo de trabalho fora da empresa ultrapassa o percentual de 90% do tempo trabalho. Já o teletrabalho alternado ocorre quando o teletrabalhador consome 90% da carga horária no mesmo local de trabalho. Por último, o teletrabalho suplementar é realizado de forma frequente, pelo menos uma vez por semana, trabalhando-se um dia completo⁸⁴.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 73.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 74.

⁸¹ CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. JORGE NETO, Francisco Ferreira. O fenômeno do Teletrabalho: uma abordagem jurídico-trabalhista. **Revista Bonijuris**. Curitiba: Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, ano 24, n. 587, out. 2012, p. 26.

⁸² *Ibidem*, p. 26.

⁸³ *Ibidem*, p. 26

⁸⁴ *Ibidem*, p. 26.

3.4 MODALIDADES DO TELETRABALHO

As modalidades do teletrabalho podem ser auferidas pelo critério comunicativo, que se refere ao tipo de conexão existente entre a empresa e o local da execução do trabalho. Em relação ao critério comunicativo, tem-se o teletrabalho *offline* (desconectado), *one way line* e *online* (conectado)⁸⁵.

O teletrabalho *offline*, também denominado por *unplugged* ou desconectado, é aquele em que o teletrabalhador desempenha o seu labor sem interatividade com o computador da empresa. O computador, se existir, serve apenas como instrumento para o cumprimento da prestação de serviço. Não é, pois, utilizado como forma de comunicação⁸⁶.

As atividades desenvolvidas ocorrem de forma tradicional, com o envio e devolução por correio convencional ou presencialmente, e o controle de jornada é feito com base na contraprestação do labor vinculada à produção⁸⁷.

O teletrabalho *one way line* trata-se de um trabalho cuja “comunicação é unimodal, não havendo interatividade. Normalmente, faz-se uma única transmissão, sem intenção ou possibilidade de interatividade simultânea”⁸⁸, com a utilização de *paggers* convencionais.

Por fim, o teletrabalho *online* é caracterizado pela constante conectividade entre o teletrabalhador e a empresa. O teletrabalhador se utiliza dos meios telemáticos em rede para receber ou transmitir informações.

A comunicação entre o teletrabalhador e a empresa é bidirecional. Este tipo de conexão é proporcionada pelo avanço tecnológico⁸⁹, como por exemplo, teleconferências, whatsapp, Skype, e permite o intercâmbio simultâneo de informações entre os teletrabalhadores e a empresa.

Nesse tipo de modalidade, o controle do trabalho desenvolvido e a própria jornada são facilmente efetuados por meio do próprio recurso tecnológico utilizado nas

⁸⁵ FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho: Aproximações Epistemológicas. *Op. cit.*, p. 71-75.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 74.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 74.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 74.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 74.

empresas. A fiscalização tende a ser muito mais rígida do que a realizada nos profissionais que trabalham fisicamente em uma empresa.

3.5 O PODER DE CONTROLE DO EMPREGADOR

O empregador possui o direito de controlar a execução dos serviços de seus empregados. O controle é efetuado sobre as atividades realizadas, e não sobre o trabalhador em si⁹⁰. Em relação ao teletrabalho, fala-se em teledireção, telefiscalização e televigilância (*telesurveillance*)⁹¹.

O empregador, por ser detentor da prerrogativa diretiva, pode, dentro dos limites estabelecidos no ordenamento jurídico, avaliar a regularidade da prestação dos serviços que foram contratados, bem como controlar a forma como estes serviços foram executados⁹², para que não haja prejuízos, porque é ele, o empregador, o responsável pelos riscos da atividade econômica desempenhada (art. 2., *caput*, da CLT)⁹³.

Desse modo, o empregador poderá monitorar a execução do trabalho através das seguintes formas: **(i)** controle pelos resultados dos serviços prestados; **(ii)** controle de produção por toque no teclado; **(iii)** verificação de entrada e saída de dados por registros realizados pelo computador ou outros equipamentos de informática e telecomunicações – que, inclusive, indicam horário; e **(iv)** verificação de *email*⁹⁴.

Registre-se, por oportuno, que, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1, III, da CF), o empregador deverá ter cautela ao exercer o poder fiscalizatório para que não implique em um controle vexatório⁹⁵.

Dispõe o art. 5, X, da Constituição Federal que:

Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

⁹⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 234.

⁹¹ *Ibidem*, p. 234.

⁹² MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 253.

⁹³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 359.

⁹⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *Op. cit.*, p. 234.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 234.

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Como se vê, são invioláveis a intimidade e a vida privada, devendo, portanto, as condutas de controle referentes à prestação de serviços respeitarem tais direitos, com o objetivo de construir uma sociedade justa e solidária⁹⁶.

E não é só. O artigo supracitado, em seu inciso XII, prevê que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Exatamente por causa do sigilo da comunicação de dados, discute-se sobre a possibilidade de o empregador controlar (ou não) o *email* do empregado. A regra do sigilo, contudo, não deve ser analisada de forma absoluta, uma vez que pode haver a má fé do empregado⁹⁷.

Partindo dessa premissa, há quem entenda que, se o *email* for privativo do empregado, estará resguardado pelo direito da inviolabilidade do sigilo das comunicações e de dados e, mesmo quando se tratar de *email* corporativo, fornecido pelo empregador para que o trabalho possa ser realizado, a aludido sigilo deve ser mantido⁹⁸.

No entanto, neste trabalho, prevalece o entendimento de que, por o *email* ser uma ferramenta essencial ao trabalho, sobretudo na modalidade de teletrabalho, é perfeitamente possível que haja a verificação pelo empregador nos equipamentos utilizados pelo empregado (teletrabalhador), desde que o empregador tenha comunicado previamente aos empregados sobre a possibilidade de controle⁹⁹.

Isso se justifica pelo simples fato de que, tratando-se de *email* corporativo, este é da empresa e não do empregado, assim como os meios de comunicação e telemática utilizados pertencem ao empregador. Dessa forma, na hipótese de questões

⁹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 738.

⁹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *Op. cit.*, p. 235.

⁹⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op. cit.*, p. 363-364.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 364.

referentes somente ao serviço prestado, o recebimento da comunicação também é do empregador¹⁰⁰.

O empregador pode, a título exemplificativo, verificar se o meio de tecnológico utilizado está sendo explorado no horário do trabalho para fins pessoais ou profissionais, sobretudo nos casos em que há proibição expressa para uso pessoal dos equipamentos¹⁰¹.

Sobre o tema, há pronunciamento do Tribunal Superior do Trabalho (TST):

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - E-MAIL CORPORATIVO - ACESSO PELO EMPREGADOR SEM A ANUÊNCIA DO EMPREGADO - PROVA ILÍCITA NÃO CARACTERIZADA. Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, o e-mail corporativo ostenta a natureza jurídica de ferramenta de trabalho, fornecida pelo empregador ao seu empregado, motivo pelo qual deve o obreiro utilizá-lo de maneira adequada, visando à obtenção da maior eficiência nos serviços que desempenha. Dessa forma, não viola os arts. 5º, X e XII, da Carta Magna a utilização, pelo empregador, do conteúdo do mencionado instrumento de trabalho, uma vez que cabe àquele que suporta os riscos da atividade produtiva zelar pelo correto uso dos meios que proporciona aos seus subordinados para o desempenho de suas funções. Não se há de cogitar, pois, em ofensa ao direito de intimidade do reclamante. Agravo de instrumento desprovido. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - CONVERSA - GRAVAÇÃO FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES - PROVA ILÍCITA NÃO CARACTERIZADA. O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de que a gravação de conversa por um dos interlocutores, a fim de repelir conduta ilícita do outro, não se enquadra na vedação prevista no art. 5º. LVI, da Carta Magna, constituindo-se, pois, exercício regular de direito. Agravo de instrumento desprovido.

(AIRR - 164040-86.2003.5.01.0051 , Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 15/10/2008, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/10/2008) (grifado)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. JUSTA CAUSA. PROVA ILÍCITA. Nenhum dos dispositivos declinados como violados, incluindo-se o art. 5º, XII, da CF, disciplina a matéria inerente à ilicitude da prova para que se possa reputar violado. Além disso, a ilicitude da obtenção

¹⁰⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. *Op. cit.*, 31 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 235.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 235.

da prova pressupõe inobservância de norma disciplinadora, o que não sucedeu. Sob o prisma de violabilidade do sigilo dos e-mails, tampouco há falar em violação do art. 5º, XII, da CF, por se tratar de e-mail corporativo e não privado, meio de comunicação disponibilizado pelo empregador apenas para uso profissional conforme normas internas de conhecimento do empregado e com "expressa previsão de gravação e monitoramento do correio eletrônico, ficando alertado que o colaborador não deve ter expectativa de privacidade na sua utilização (item 6.1 - fl. 176)", conforme notícia o acórdão regional. JUSTA CAUSA. RECURSO DE REVISTA AMPARADO APENAS EM DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. Sem valia as ementas transcritas, pois não informam a fonte de publicação. Súmula 337 do TST. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

(AIRR - 1461-48.2010.5.10.0003 , Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 25/02/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/02/2015) (grifado)

Dessa forma, pode-se concluir que não constitui ofensa ao art. 5, XII, da Constituição Federal a verificação de *email* corporativo do empregado pelo empregador.

Ademais, em consonância com o art. 932 , III, do Código Civil, o empregador tem o direito de exercer o seu poder fiscalizatório, uma vez que é o responsável pela reparação civil por ato dos seus empregados e prepostos.

O Código de Trabalho de Portugal, em seu art. 170, n. 1, dispõe que “o empregador deve respeitar a privacidade do trabalhador e os tempos de descanso e de repouso da família deste, bem como proporcionar-lhe boas condições de trabalho, tanto do ponto de vista físico como psíquico”¹⁰².

Em seu n. 2, do aludido artigo, estabelece que sempre que o teletrabalho for executado no domicílio do teletrabalhador, “a visita ao local de trabalho só deve ter por objeto o controle da atividade laboral, bem como dos instrumentos de trabalho, e apenas pode ser efetuada entre às 9 e às 19 horas, com a assistência do trabalhador ou de pessoa por ele designada”¹⁰³.

¹⁰² MARTINS, Sérgio Pinto *apud* http://www.cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_L1_004.html.

¹⁰³ *Ibidem*.

3.6 JORNADA DE TRABALHO NO TELETRABALHO

O art. 62 da CLT, que define o rol de empregados não abrangidos pelo controle de jornada de trabalho, também sofreu alterações com o advento da Lei 13.467/17, passando a ter a seguinte redação:

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

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

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

III - os empregados em regime de teletrabalho.

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

Da leitura do artigo acima, é possível afirmar que, embora os teletrabalhadores tenham sido incluídos no rol do art. 62 da CLT, não se pode interpretar essa regra de forma absoluta.

Isso porque, o art. 7, inciso XIII, da Constituição Federal, prevê, sem distinção de função, que a duração do trabalho normal não deve ser superior a 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) semanais, sendo permitida a compensação de horários e a redução de jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho¹⁰⁴.

Nesse sentido, em seu art. 58, *caput*, a CLT prevê que a jornada de trabalho para os empregados no setor privado não pode exceder 8 (oito) horas diárias, desde que

¹⁰⁴ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 de abril de 2018.

não seja fixado expressamente outro limite. Leia-se, pois, jornada de trabalho como o número de horas de uma dia de atividade laboral.

Para que sejam computadas as horas efetivamente trabalhadas, será considerado não somente o tempo em que foi prestado o serviço, mas também o tempo à disposição do empregador e do tempo *in itinere*¹⁰⁵.

Na hipótese de haver trabalho acima dos aludidos limites, seja diário ou semanal, entende-se que devem ser computadas as horas extras.

Neste viés, por evidente afronta constitucional, contata-se que não se pode impedir o direito às horas extras do trabalhador, mas podem condicionar esse direito à prova de sua ocorrência.

Sobre o tema, eis as palavras de Luciano Martinez¹⁰⁶:

O art. 62 da CLT, portanto, parece apenas atribuir aos altos empregados, aos exercentes de serviço externo e aos teletrabalhadores o ônus de provar o trabalho em sobrejornada. Ele apenas cria uma presunção de ausência de prestação em serviço suplementar, cabendo àqueles que estão sob a sua égide, mediante os diversos meios de prova admitidos em direito, o oferecimento dos elementos capazes de demonstrar a prestação do trabalho em jornada extraordinária.

Trata-se, portanto, de uma questão probatória, de modo que se o trabalhador, estiver sujeito ao controle de horário de trabalho, como, a título exemplificativo, por meio de sistemas tecnológicos de *log in* e *log off* ou qualquer outro meio de comando e fiscalização, será devido o pagamento de horas extras.

Dessa forma, o art. 62, inciso III, deve ser interpretado de forma restritiva, dada a sua excepcionalidade, de modo que, somente será retirado o direito às horas extras e congêneres se for incompatível com o controle de jornada. Afinal, o mero deslocamento territorial não é suficiente para autorizar jornadas irrestritas¹⁰⁷.

A nova redação do art. 6, acrescido de novo parágrafo único, por meio da Lei n. 12.551/11, inseriu implicitamente os conceitos de subordinação objetiva e estrutural

¹⁰⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *Op. cit.*, p. 564.

¹⁰⁶ MARTINEZ, Luciano. *Op. cit.*, p. 452.

¹⁰⁷ Silva, Homero Batista Mateus da. Comentários à Reforma Trabalhista: análise da Lei 13.467/2017 – artigo por artigo. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: 2017.

para fins de reconhecimento da relação de emprego à subordinação tradicional, que é pautada no estado de sujeição do trabalhador ao empregado¹⁰⁸.

Desse modo, conforme já foi visto anteriormente, o aludido dispositivo considera como profissionais subordinados aqueles que realizam trabalho à distância, com utilização dos meios telemáticos e informatizados de controle, comando e supervisão¹⁰⁹.

Nesse sentido, entende-se que, para fins de cômputo da jornada de trabalho do teletrabalhador, deve ser aplicado o art. 4, *caput*, da CLT, que considera como tempo de serviço efetivo o período em que o empregado estiver à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, respeitado o limite constitucional.

A jornada do teletrabalhador está essencialmente vinculada à modalidade de trabalho por ele escolhida. Isso porque no teletrabalho em domicílio, por exemplo, o teletrabalhador pode optar por trabalhar durante todo o período ou de forma fracionada.

É importante destacar que apenas na modalidade *online* é possível verificar a jornada de labor do teletrabalhador, uma vez que seu controle é efetuado mediante os meios telemáticos e de comunicações. Já nas modalidades *off-line* e *one way line* não é possível verificar a jornada de trabalho, devendo, portanto, a remuneração ser paga por obra/tarefa.

3.7 VANTAGENS E DESVANTAGENS DO TELETRABALHO

O teletrabalho, em virtude do desenvolvimento dos meios telemáticos, de comunicações e das diversidades sociais, políticas e econômicas, apresenta vantagens e desvantagens, tanto para o empregador quanto para o teletrabalhador.

Do ponto de vista do empregador, o teletrabalho é ecologicamente sustentável e permite a redução do custo com a estrutura física e a sua manutenção, como por exemplo, com imóveis, mobiliários, transporte¹¹⁰, aumento da produtividade,

¹⁰⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 1003.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 1003.

¹¹⁰ BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Teletrabalho (*Telework* ou *Telecommuting*): uma Nova Forma de Ver o Tempo e o Espaço nas Relações de Trabalho. *Op. cit.*, p. 28.

descentralização da produção¹¹¹ e redução da rotatividade de funcionários na empresa¹¹².

Em relação à rotatividade de funcionários, Guilherme Augusto Caputo Barros ressalta que, de acordo com os estudos realizados pelo Instituto Tecnológico de Avaliação e Certificação da Conformidade (ITAC), “o teletrabalho pode reduzir, em média, 20% da rotatividade de empregados, impulsionar um aumento de até 22% na produtividade e reduzir em até 60% o absenteísmo”¹¹³.

E não é só. O teletrabalho, por reduzir também os custos com impostos (energia e outros decorrentes da manutenção da empresa) – notadamente no Brasil, por ser um país com carga tributária altíssima, permite que haja recursos disponíveis para investimentos na hipótese de contratação de teletrabalhadores, como pode também ensejar o barateamento das mercadorias ou serviços a serem consumidos/contratados pela sociedade¹¹⁴.

Contudo, embora seja uma forma de trabalhar com muitas vantagens, o teletrabalho pode apresentar uma maior dificuldade para a empresa exercer o controle virtual, sem que configure invasão à intimidade e à privacidade dos teletrabalhadores, além de possuir um risco considerável em relação a segurança de dados¹¹⁵.

Em relação à confidencialidade da informação, Cassio Mesquita Barros¹¹⁶ dispõe que:

(...) por outro lado pode apresentar para o empregador, por exemplo, riscos de tentação do teletrabalhador, que passa a dispor de material competitivo, fornecido pela empresa. Passa ele a dispor de códigos de acesso, dados de interesse da concorrência, produtos, fichários, relação de clientes que ninguém mais deve ter acesso, em razão dos interesses da concorrência.

Diante desse risco, propõe o autor ora citado que haja uma cláusula de não concorrência, confidencialidade do código interativo, memórias, entre outras, para

¹¹¹ CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. JORGE NETO, Francisco Ferreira. *Op. cit.*, p. 26.

¹¹² BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. *Op. cit.*, p. 28.

¹¹³ *Ibidem*, p. 29.

¹¹⁴ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Teletrabalho: Interpretação da Lei 12.551 de Forma a Impedir a Superexploração do Trabalhador. **Revista Magister do Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Magister, ano 9, n. 51, nov./dez 2012, p. 15.

¹¹⁵ BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. *Op. cit.*, p. 28.

¹¹⁶ BARROS, Cassio Mesquita. Teletrabalho. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Granda da Silva. (Orgs.). **Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 39.

que outras pessoas não tenham acesso às informações da empresa¹¹⁷, até porque o empregador não tem como controlar quem terá acesso ao computador que estiver no local de trabalho do teletrabalhador.

Já do ponto de vista do teletrabalhador, o teletrabalho permite a flexibilidade de horário, a liberdade de locomoção e otimização do tempo, sobretudo porque não há o deslocamento diário até a empresa¹¹⁸ e, com isso, evita-se o congestionamento do tráfego, o tempo nele perdido e os gastos com transporte.

Propicia também uma maior disponibilidade de tempo para o convívio familiar, melhor qualidade de vida, maior satisfação na execução do trabalho¹¹⁹ e maior liberdade para o teletrabalhador, na medida em que não há a presença física dos superiores hierárquicos¹²⁰.

O fato de o teletrabalho ser desempenhado sem a presença física dos superiores hierárquicos permite, a título exemplificativo, que o teletrabalhador escolha os trajes que deverá utilizar e, quando houver acordo, permite também que o teletrabalhador escolha os horários para cumprir com as suas atividades e a forma como vai executá-las¹²¹.

Nesse sentido, Regina Madalozzo afirma que uma das conquistas alcançadas pelos teletrabalhadores com o desenvolvimento dos meios tecnológicos foi a liberdade de escolher quando e onde desempenhar suas atividades, uma vez que para o empregador o importante não é a carga horária cumprida dentro da empresa, e sim o que lhes é entregue¹²².

Ademais, o teletrabalho promove a inclusão social, uma vez que facilita a inserção no mercado de trabalho das pessoas com deficiência e aquelas que, por outros motivos, não tenham condições de trabalhar na sede da empresa, como por

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 39.

¹¹⁸ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. O Teletrabalho: Importância, Conceito e Implicações Jurídicas. In: MANNRICH, Nelson; FLORINDO, Valdir; FREDIANE, Yone; VOGEL, Gustavo. (Orgs.). **Novos temas e desafios no mundo do trabalho (ADT): anais da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 302.

¹¹⁹ BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. *Op. cit.*, p. 29.

¹²⁰ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Teletrabalho: Interpretação da Lei 12.551 de Forma a Impedir a Superexploração do Trabalhador. **Revista Magister do Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Magister, ano 9, n. 51, nov./dez 2012, p. 15.

¹²¹ *Ibidem*, p. 11.

¹²² MADALOZZO, Regina. Análise. Ficou mais difícil a hora do lazer e a hora do trabalho. **Folha de São Paulo**, segunda-feira, 28 de novembro de 2011, B10. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/11597-ficou-mais-dificil-determinar-a-hora-do-lazer-e-a-hora-do-trabalho.shtml>>. Acesso em 07 de abril de 2017.

exemplo, pessoas com idade avançada, grávidas em condições especiais, mães solteiras com filho pequeno, entre outros¹²³.

Entretanto, o teletrabalhador tem que enfrentar o isolamento social, isto é, a falta de convívio com os colegas de trabalho, o surgimento de doenças ocupacionais pelo excesso de tempo em frente ao computador ou qualquer outro meio tecnológico avançado, o aumento das despesas domésticas e a confusão entre o espaço profissional e o pessoal – leia-se, íntimo da casa –, o que aumenta consideravelmente o estresse, a depressão e a estafa do teletrabalhador¹²⁴.

Nesse sentido, Nelson Carvalhaes, médico do Fleury Medicina e Saúde, afirmou em entrevista ao jornal Folha de São Paulo que uma das maiores reclamações dos seus pacientes executivos consiste na jornada de trabalho estendida por conta dos recursos avançados da tecnologia. Em suas palavras, ele diz que “os facilitadores de comunicação foram uma cilada. Hoje, ninguém consegue ficar *offline*”¹²⁵.

Esse tipo de labor exige que o teletrabalhador seja “capaz de se autogerenciar-se, tenha elevado grau de disciplina e organização e, ainda, disponha de um espaço definido para suas atividades profissionais, além de programar suas tarefas com base nas necessidades familiares”¹²⁶.

É importante ressaltar também que a mobilização sindical é prejudicada, uma vez que não há o convívio com os colegas de trabalho que compartilham iguais interesses¹²⁷, deixando o teletrabalhador mais vulnerável a práticas abusivas e ilegais praticadas por empregadores¹²⁸.

Inclusive, de acordo com Domenico de Masi, “(...) existirão dificuldades para ações coletivas com os colegas de trabalho, até que se descubra a ideia de fazê-las de tipo

¹²³¹²³ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 15.

¹²⁴ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. O Teletrabalho: Importância, Conceito e Implicações Jurídicas. *Op. cit.*, p. 302.

¹²⁵ FRAGA, Érica. *Email e celular estendem jornada de trabalho para casa e até as férias: cansaço e estresse são consequências. Folha de São Paulo*, segunda-feira, 28 de novembro de 2011, B10. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/11591-e-mail-e-celular-estendem-jornada-de-trabalho-para-casa-e-ate-as-ferias.shtml>>. Acesso em 07 de abril de 2017.

¹²⁶ BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Teletrabalho (*Telework* ou *Telecommuting*): uma Nova Forma de Ver o Tempo e o Espaço nas Relações de Trabalho. *Op. cit.*, p. 28.

¹²⁷ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Op. cit.*, p. 302.

¹²⁸ BARROS, Cassio Mesquita. Teletrabalho. *Op. cit.*, p. 40.

informático; (...) momento em que o sindicato aprenda a usar essas tecnologias e a se transformar em *telessindicato*¹²⁹.

3.8 HORAS DE SOBREAVISO

De acordo com o art. 244, § 2º, da CLT, que traz regra específica sobre os ferroviários, considera-se empregado efetivo de sobreaviso aquele que “permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço”, de modo que cada escala de sobreaviso será, no máximo, de 24 (vinte e quatro) horas e que “serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal”.

Para fins de remuneração das horas de sobreaviso são utilizados dois critérios, quais sejam: **(i)** compensação das horas nas quais o empregado (teletrabalhador) permanece preso em sua residência e, desta forma, fica parcialmente tolhido de sua liberdade de locomoção; e **(ii)** compensação do tempo por ele usado para ficar à disposição do empregador¹³⁰.

O instituto do sobreaviso, não obstante seja proveniente da categoria dos ferroviários, em razão da ausência de normal geral sobre o assunto, foi entendida, por analogia, às outras categorias profissionais¹³¹.

Por este motivo, o TST editou a Súmula n. 428 com a seguinte redação:

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.

Entretanto, com o advento da Lei n. 12.551/2011, que alterou o art. 6. da CLT, o TST alterou a redação da aludida súmula, que passou a vigorar com a seguinte redação:

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

¹²⁹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso *apud* DE MASI, Domenico. **O ócio criativo**. Rio de Janeiro: Sextante, 2000, p. 17.

¹³⁰ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Op. cit.*, p. 298.

¹³¹ *Ibidem*, p. 299.

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.

Como se vê, ficou mantida a ideia de que a utilização de instrumentos telemáticos fornecidos pelo empregador ao teletrabalhador, por si só, não configura o regime de sobreaviso. A mudança, entretanto, pode ser vista no inciso II, que considera o empregado em sobreaviso aquele que, à distância e submetido ao controle telemático, permanece em regime de plantão ou equivalente, aguardando ser chamado para o serviço durante o período de descanso.

A hipótese do inciso II apenas pode ser aplicada quando, por exemplo, o empregador solicitar que o empregado (teletrabalhador) mantenha o celular ligado durante o seu período de descanso, pois poderá ser convocado a qualquer momento.

Cabe destacar, inclusive, que não deve ser confundido as horas de sobreaviso com horas efetivamente trabalhadas à distância dentro do horário de expediente. Assim, o fato de o empregador laborar em sua residência não significa afirmar que todas as suas horas são consideradas de sobreaviso.

Sobre o tema, o TST se manifestou acerca da possibilidade do sobreaviso:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. INTERVALO INTERJORNADAS. REGIME DE SOBREAUIO. APARELHO DE INTERCOMUNICAÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO (SÚMULA 428/TST). NÃO INTERFERÊNCIA, NESSE TIPO JURÍDICO, DA NOVA REGRA INSTITUÍDA PELA LEI N. 12.551/2011 (ART. 6º, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA CLT). DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. Nos termos da Súmula 428/TST, 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. Registre-se que o novo preceito do art. 6º, caput e parágrafo único, da CLT, inserido pela Lei 12.551/2011, não altera necessariamente o tipo jurídico do sobreaviso, pois se trata de importante regra concernente à relação de emprego, ao acentuar a presença da subordinação estrutural nas relações econômicas caracterizadas por trabalho à distância, submetido a meios telemáticos e informatizados de comando. É preceito de forte sentido de inclusão econômica e social, por

meio da relação empregatícia, na linha enfatizada pela Constituição, não entrando necessariamente em choque com as jornadas externas sem controle de horários referidas pelo art. 62, I, da CLT. Sendo assim, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 1016-65.2011.5.18.0005 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 29/08/2012, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/08/2012).

Ademais, em relação aos fundamentos jurídicos da figura do sobreaviso, é importante salientar que, ao invés de compensar somente o tempo à disposição do empregador, é necessário indenizar o empregado (teletrabalhador) também pela restrição do direito de locomoção e do direito ao lazer e à desconexão ao trabalho¹³².

3.9 REMUNERAÇÃO

A onerosidade é um dos elementos fático-jurídicos da relação empregatícia. As verbas retributivas da força laboral constituem uma das principais expectativas e anseios do trabalhador. Essa retribuição econômica, realizada através de parcelas retributivas, tem caráter contraprestativo denominado salário e/ou remuneração¹³³.

Para Maurício Godinho Delgado¹³⁴, o salário é um “conjunto de parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em função do contrato de trabalho”, seja por conta da contraprestação do trabalho, da disponibilidade do trabalhador, das interrupções contratuais ou nas demais hipóteses previstas em lei.

A remuneração, por sua vez, é o termo mais amplo, isto é, constitui o “gênero que engloba como espécies o salário e as gorjetas”¹³⁵. A remuneração é, pois, o conjunto de todas as verbas econômicas recebidas pelo empregado, enquanto que o salário é uma parte da remuneração.

¹³² DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Op. cit.*, p. 299.

¹³³ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 781.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 781.

¹³⁵ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op. cit.*, p. 406.

Sérgio Pinto Martins afirma que o salário pode ser dividido em: fixo, variável e misto. Eis as palavras do autor:

Salário fixo é o estipulado em quantia certa, invariável. Fixo é o salário calculado com base na unidade de tempo, como hora, dia, mês etc. O salário fixo independe do número de horas trabalhadas pela pessoa, se foi fixada uma remuneração por hora, como, por exemplo, de R\$ 1,50 por hora trabalhada.

Salário invariável é o estabelecido de acordo com a produção do empregado, podendo ser por peça, tarefa, comissão etc. Não tem o salário variável qualquer parte fixa.

Compreende o salário misto parte fixa e parte variável. É um salário composto.

A remuneração depende essencialmente do modo de aferição. Portanto, é necessário que afirmar qual será a dimensão salarial básica e definir em qual modalidade incidirá o pagamento. Existem duas modalidades de aferição, a saber: por unidade de tempo ou por unidade de obra.

A modalidade de aferição por unidade de tempo independe do serviço ou da obra realizada, mas depende do tempo efetivamente despendido pelo trabalhador para a sua realização, sem considerar a quantidade de energia prestada. Consiste, pois, na fixação do salário por hora, dia, semana, quinzena ou mês¹³⁶.

Esta modalidade se afigura totalmente possível, principalmente, pelo avanço dos meios telemáticos e informatizados, que permite que o empregador controle os horários despendidos pelo teletrabalhador para a prestação do serviço que foi contratado.

Ocorre que, existem algumas atividades que não são fáceis de fixar um valor por tempo de trabalho, na qual o rendimento do teletrabalhador está diretamente ligado à complexidade do serviço a ser desempenhado. Nas hipóteses em que o importante não é a quantidade do serviço, mas sim a sua qualidade, o modo de aferição do salário é por unidade de obra.

O salário por unidade de obra é aquele em que a retribuição é determinada pelo serviço realizado, medido pela produção obtida, independentemente do tempo

¹³⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. *Op. cit.*, p. 253.

utilizado¹³⁷. Nesta modalidade, o tempo é considerado um aliado do teletrabalhador, na medida em que, quanto mais tempo ele utilizar, maior será a sua produção¹³⁸.

Nessa linha de intelecção, Sidnei Machado¹³⁹, citado por Rúbia Alvarenga, afirma que o teletrabalho tem como estratégia das empresas:

Valorizar e incentivar o teletrabalho como mecanismo de redução dos custos imobilizados e, é claro, redução do custo da mão de obra. Entre as vantagens catalogadas pela nova administração, o teletrabalho oferece ainda uma maior produtividade, já que vincula a remuneração à produção. Ou seja, o teletrabalho substitui uma obrigação de meio (tempo à disposição na empresa) por uma obrigação de resultado (produção).

A doutrina majoritária entende que o salário por unidade de obra é o mais adequado para o teletrabalho. Entretanto, esse tipo de aferição não é benéfico para os teletrabalhadores menos qualificados, uma vez que este terá que laborar mais para atingir o mesmo nível de produtividade de um teletrabalhador mais qualificado.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 254.

¹³⁸ MARTINEZ, Luciano. *Op. cit.* p. 253.

¹³⁹ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O Teletrabalho e a Subordinação Estrutural: A nova Lei 12.551/2011. **Decisório Trabalhista**. Curitiba: Decisório Trabalhista, n. 218, set. 2012, p. 12.

4 O DIREITO À DESCONEXÃO COMO INSTITUTO FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO NO TELETRABALHO

4.1 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É cediço que os direitos fundamentais são representantes de um sistema concreto de valores dentro de um processo de integração, cuja função teleológica é legitimar a ordem legal positiva no ordenamento jurídico.

Trata-se de uma “categoria fundamental que deriva da própria condição humana, erigindo o homem como pilar essencial na construção de um Estado Democrático de Direito”¹⁴⁰.

O preâmbulo do Texto Constitucional, como prova principal da importância dos direitos fundamentais, afirma que um de seus objetivos é a instituição de um Estado Democrático de Direito, destinado a proteger o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a segurança.

De acordo com Canotilho¹⁴¹, as expressões direitos do homem e direitos fundamentais são reiteradamente utilizadas como sinônimos. Entretanto, direitos do homem são aqueles válidos para todos os povos em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista), enquanto que os direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente assegurados e limitados no espaço e no tempo.

Arion Sayão Romita afirma que a nomenclatura direitos fundamentais deve ser utilizada por ser mais precisa do que a expressão direitos humanos e por não revelar a ambiguidade que esta supõe. Prossegue afirmando que “abarca as duas dimensões contidas nas expressão direitos humanos, sem incorrer reducionismos jusnaturalistas ou positivas”, além de ser mais adequada do que os termos dos direitos naturais ou direitos morais¹⁴².

¹⁴⁰ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 133.

¹⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 393.

¹⁴² ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de Trabalho*. 3. ed. rev. e aument. São Paulo: LTr, 2009, 61.

Antes de abordar a eficácia dos direitos fundamentais, faz-se necessária o tecer breves comentários sobre as divisões dos direitos fundamentais. Na conhecida divisão dos direitos fundamentais em gerações, em conformidade com o intuito pelo qual foram consagrados e o momento histórico de tal reconhecimento, ocorreu, em um primeiro momento, os chamados direitos fundamentais de primeira geração, que consistiam naqueles direitos que surgiram para impedir as liberdades individuais contra o Estado.

Logo após, os denominados direitos fundamentais de segunda geração, direitos sociais, econômicos e culturais, que reivindicavam não condutas negativas e protetivas contra o Estado, porém a “demanda passa a tutelas positivas de implementação de garantias e direitos pelo Estado, mas ainda ligados ao indivíduo”¹⁴³.

Em relação aos direitos sociais, o seu principal escopo era garantir a participação na vida política, econômica, cultural e social dos indivíduos, assim como os grupos dos quais eram participantes.

Surgem, em seguida, os direitos da terceira geração, que, de acordo com Sarlet, “trazem como marca distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa”¹⁴⁴.

Explicadas, brevemente, as três primeiras dimensões dos direitos fundamentais, serão examinadas as eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais.

4.2 EFICÁCIA VERTICAL E HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É cediço que os direitos fundamentais originariamente foram concebidos como direitos de defesa contra os órgãos estatais, que incessantemente mitigavam a

¹⁴³ BESSA, Leonardo Rodrigues Itacaramby. Meio ambiente de Trabalho enquanto direito fundamental, sua eficácia e meios de exigibilidade judicial. **Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária: doutrina, jurisprudência, legislação**. Ano VI, n. 29 (abr. 2010). Caxias do Sul, RS: Editora Plenum, 2010, p. 47.

¹⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 66.

liberdade da sociedade e simbolizavam o detentor máximo do poder. O objetivo era proteger o cidadão das interferências indevidas do Estado.

Inicialmente, tem-se a denominada eficácia vertical dos direitos fundamentais em relação às entidades estatais, compreendendo os órgãos do executivo, legislativo e judiciário.

A priori, existia somente a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais em relação aos órgãos estatais, o que significa afirmar, noutras palavras, que havia uma vinculação negativa dos poderes públicos.

Ao Poder Público foi atribuída a competência negativa justamente para determinar a obrigação de respeitar o núcleo básico dos direitos da cidadania¹⁴⁵, “ante a manifesta desigualdade do indivíduo perante o Estado, a quem são atribuídos poderes de autoridade”¹⁴⁶.

Ocorre que, com a mitigação das estruturas estatais e a transformação das relações sociais, o mero dever de abstenção demonstrou-se insuficiente, originando assim a vinculação positiva dos poderes públicos.

A vinculação positiva do Estado abrange os Poderes do Executivo, Legislativo e Judiciário e impõe a adoção de políticas públicas destinadas à efetivação de direitos e garantias do cidadão, além de interpretação e aplicação das leis em conformidade com os direitos fundamentais.

Cabe ao Poder Executivo a proteção dos direitos sociais na cobertura de prestações sociais na área de saúde, habitação, segurança pública, entre outros¹⁴⁷. Já ao Poder Judiciário é confiada a proteção dos direitos fundamentais, especialmente em respeito ao art. 5, XXXV, da Constituição Federal, que consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição, incumbindo-lhe, no exercício de suas atribuições, a máxima eficácia possível¹⁴⁸.

¹⁴⁵ ALMEIDA, Renato Rua de. Eficácia dos direitos fundamentais e seus impactos teóricos e práticos nas relações de trabalho à luz de questões trazidas pela Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017 sobre a reforma trabalhista. **Revista LTR – Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, v. 81, n. 08, agosto de 2017, p. 910.

¹⁴⁶ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. A Reforma Trabalhista à Luz dos Direitos Fundamentais – Análise da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: ano XXIX, n. 338, agosto 2017, p. 38.

¹⁴⁷ ALMEIDA, Renato Rua de. *Op. cit.*, p. 910.

¹⁴⁸ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. *Op. cit.* p. 38

Igualmente, o ofício do Poder Legislativo deve ser desempenhado em conformidade com o sistema de direitos fundamentais, impossibilitando a aprovação de legislação contrária que implicasse em retrocesso social¹⁴⁹.

No que concerne à eficácia horizontal como vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, o jus-laboralista alemão Hans Carl Nipperdey publicou em 1954 o seu estudo sobre *a igualdade salarial das mulheres da mesma performance que os homens* aderindo à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais¹⁵⁰.

Logo em seguida, em 1958, a eficácia horizontal começou a ser consagrada pelo Tribunal Federal alemão, no julgamento famoso do caso Luth sobre liberdade de expressão, em que fora determinado que como os direitos fundamentais configuram uma ordem objetiva de valores, eles apenas produzem efeito sobre a relação entre particulares mediante a intervenção do legislador¹⁵¹.

A aplicação dos direitos fundamentais nas relações de trabalho impõe a construção de um novo marco paradigmático, centrado na constitucionalização, devendo todas as regras serem interpretadas a partir das garantias constitucionais.

Partindo dessa premissa, a grande preocupação surgida em relação à eficácia horizontal dos direitos fundamentais é saber se ela é aplicada de forma imediata e direta ou mediata e indireta.

A discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas só ganhou relevância na dogmática constitucional brasileira depois da Constituição de 1988, especialmente a partir da tese de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁵².

Os autores que vislumbram no modelo constitucional autorização para aplicação da eficácia imediata e direta, como Ingo Wolfgang Sarlet, para quem os direitos fundamentais na Constituição Federal possui como destinatários o Estado, os particulares ou ambos. Entretanto, quando o poder constituinte não afirmar quem

¹⁴⁹ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. *Op. cit.*, p. 39.

¹⁵⁰ ALMEIDA, Renato Rúa de. *Op. cit.*, p. 910.

¹⁵¹ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

são os sujeitos a eles submetidos, a vinculação será para todos e deve ela respeitar ao princípio da eficácia direta, consagrado no art. 5, § 1, da Constituição¹⁵³.

Há também uma parcela da doutrina que defende a eficácia imediata e direta sob o argumento de que é necessária a “proteção do princípio da dignidade da pessoa humana na base dos direitos fundamentais consagrado no texto constitucional brasileiro no art. 1, inciso III, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil”¹⁵⁴¹⁵⁵.

Reconhecem, no entanto, que não constituem princípios de aplicação absoluta, mas que devem ser ponderados em face de uma possível colisão com outros valores constitucionais pela aplicação do princípio da proporcionalidade e de seus sub princípios da adequação, necessidade e razoabilidade¹⁵⁶.

O jurista Daniel Sarmiento¹⁵⁷ também defende a eficácia imediata nas relações privadas. Isso porque a Constituição atual adotou um modelo intervencionista e social. Isso ocorre pela opção do constituinte na busca da redução das desigualdades, que, para alcançar êxito, é necessária uma maior intervenção do Estado nas relações privadas e um maior ativismo judicial concretizador.

Nesse sentido, acertadamente, defende Luiz Eduardo de Toledo Coelho sob o argumento de que, em busca de uma sociedade livre, justa e solidária, e com o objetivo de efetuar o disposto no art. 3 da Constituição Federal, os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana devem ser aplicados imediata e diretamente a todas as relações, sejam elas públicas ou privadas¹⁵⁸.

A posição doutrinária majoritária, portanto, que defende a eficácia horizontal imediata e direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, sobretudo nas

¹⁵³ Art. 5º 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, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹⁵⁴ 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:

III - a dignidade da pessoa humana;

¹⁵⁵ ALMEIDA, Renato Rua de. *Op. cit.*, p. 910.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 910.

¹⁵⁷ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional. Proteção, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹⁵⁸ COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana aplicados às relações privadas. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: ano 16, n. 62, jan/mar 2008, p. 238.

relações trabalhistas, foi adotada pelos Tribunais Superiores brasileiros nos últimos anos¹⁵⁹¹⁶⁰.

O Supremo Tribunal Federal (STF), com o julgamento do RE 201.819¹⁶¹, adotou expressamente a tese da aplicação imediata e direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, momento em que foi levada à Suprema Corte a situação fática da eficácia dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa no procedimento interno de exclusão de associados dos quadros das pessoas jurídicas de direito privado.

A partir do aludido julgamento, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) também começou a aplicar o entendimento adotado pelo STF em diversos acórdãos, aplicando a mesma decisão para implementar os direitos fundamentais nas relações de trabalho, de forma imediata e sem a necessidade de intermediação legislativa ordinária¹⁶².

Nesse sentido, ressalta-se, no que interessa, o trecho da decisão que a Corte Trabalhista publicou em 2013 com fundamento na aplicação imediata dos direitos fundamentais na relação privada:

Com efeito, o artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Esse dispositivo é aplicável não só aos processos judiciais, mas também aos processos administrativos, inclusive aos procedimentos instaurados fora do Poder público. Trata-se da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, reconhecida pela doutrina moderna, conferindo-lhes aplicabilidade no âmbito privado, de modo que os direitos fundamentais assegurados pela Constituição devem ser observados tanto nas relações entre o Estado e cidadãos como nas intersubjetivas. Esse entendimento garante a aplicabilidade dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal às relações de trabalho, sem prejuízo dos direitos trabalhistas previstos na Carta Magna. No caso dos autos, verifica-se que os princípios do contraditório e da ampla defesa e do devido processo legal foram violados no procedimento instaurado para apuração de falta grave do reclamante. Desse modo, constata-se que o Regional, ao manter a nulidade do inquérito administrativo instaurado para apuração de falta grave do reclamante, após o qual o obreiro foi dispensado por justa causa, conferiu aplicabilidade

¹⁵⁹ MOLINA, André Araújo. Dano existencial por Violação dos Direitos Fundamentais ao Lazer e à Desconexão do Trabalhador. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: v. 29, n. 342, Dezembro 2017, p. 90.

¹⁶⁰ Nos primeiros julgamentos do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema, não houve preocupação de desenvolver uma teoria mais aprofundada. Restringiu-se, naquele momento, a examinar alguns casos concretos, nos quais se adotou implicitamente a teoria da eficácia imediata.

¹⁶¹ RE 201819, Relator(a) Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ, VOL-00209-02 PP-00821).

¹⁶² MOLINA, André Araújo. *Op. cit.*, p. 91.

irrepreensível aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, observando, fielmente, sua eficácia nas relações trabalhistas. Recurso de revista não conhecido. (TST, RR 267300-64.2003.5.07.0003, 2 Turma, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, DEJT 24.052013).

No caso em tela, o TST reconheceu taxativamente que, os procedimentos para aplicação de justa causa aos empregados dos conselhos de fiscalização profissional, deveriam incidir de forma imediata e direta os direitos da ampla defesa e do contraditório, motivo pelo qual foi anulada a justa causa aplicada pelo empregador por não terem sido observadas as garantias fundamentais.

Por outro lado, aqueles que defendem a eficácia mediata e indireta dos direitos fundamentais entendem que deve ser resguardada a liberdade nas relações privadas, além de destacarem a relevância da intermediação do poder legislativo na regulamentação dos direitos constitucionais, de modo a afastar o risco de uma conduta excessiva pelo Poder Judiciário¹⁶³.

Reconhecem, entretanto, que devem ser utilizadas para a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares, em virtude da constitucionalização do direito privado, as cláusulas gerais do direito, sobretudo a boa-fé, a função social do contrato e o equilíbrio econômico dos contratos¹⁶⁴.

O exame da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas implica analisar como é valorada a Constituição Federal no ordenamento e como ocorre a sua inter-relação com os demais marcos normativos postos pelo sistema¹⁶⁵.

Assim, pode-se afirmar que a aplicação dos direitos fundamentais está em conformidade com a constitucionalização do direito civil, de modo que será sempre devida a aplicação das cláusulas gerais da boa-fé objetiva, da função social do contrato, do equilíbrio econômico dos contratos e a teoria da empresa às relações de trabalho.

¹⁶³ ALMEIDA, Renato Rua de. *Op. cit.*, p. 911.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 911.

¹⁶⁵ GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. GEMIGNANI, Daniel. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de Trabalho. **Revista Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária: doutrina, jurisprudência, legislação**. Ano VI, n. 29 (abr. 2010). Caxias do Sul, RS: Editora Plenum, 2010, p. 115.

4.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TELETRABALHADOR

A mutabilidade dos elementos que compõem as relações laborais geram diversos desafios para o ordenamento jurídico, uma vez que novas regulamentações normativas estão surgindo de forma rápida em virtude do fenômeno da globalização.

Os direitos fundamentais consagrados no ordenamento jurídico brasileiro são fruto de um longo processo histórico marcado por revoluções, especialmente aqueles destinados à proteção do trabalhador.

É cediço que os princípios constituem a base para a compreensão do sistema jurídico, tendo em vista que o direito é uma ciência jurídica que tem por objeto “realidades essencialmente conceituais, realidades ideais e normativas, que se desdobram em proposições ou modelos de comportamentos ou de organização. Seu dado central e basilar consiste no dever ser e não no ser”¹⁶⁶.

A CLT, em seu artigo 8., determina claramente que, na falta de disposição legal ou contratual, o intérprete pode utilizar os princípios do Direito do Trabalho, senão vejamos:

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.

§ 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho.

§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.

§ 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

¹⁶⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 186.

Os princípios possuem caráter informador, na medida em que orientam o legislador na fundamentação de normas jurídicas, e supletivo, uma vez que podem suprir as lacunas e omissões na lei.

Dessa forma, os princípios não são utilizados apenas como parâmetros para a criação de novas formas jurídicas, mas também de orientação para a interpretação e aplicação das normas já existentes¹⁶⁷.

Os princípios possuem, portanto, a função de auxiliar na solução das questões trabalhistas, sendo utilizado como fonte do Direito do Trabalho.

Os direitos fundamentais dos trabalhadores previstos expressamente no art. 7 da Lei Maior possuem o objetivo de garantir o cumprimento de adequadas e saudáveis condições de exercício do labor.

O Direito do Trabalho não utiliza somente os seus princípios específicos concernentes ao seu ramo de atuação, mas recorre também aos que não são tipicamente trabalhistas, considerados como direitos fundamentais trabalhistas não específicos, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito social fundamental ao lazer e o direito à proteção a saúde, higiene e segurança, que ora serão sucintamente estudados.

4.3.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988, ao elencar no seu art. 1, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da República, consagrou a obrigatoriedade da proteção máxima ao indivíduo através de um sistema jurídico-positivado constituído, eminentemente, por direitos fundamentais e da personalidade humana, possibilitando uma existência digna.

E é justamente em razão desse posicionamento constitucional que “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”¹⁶⁸.

¹⁶⁷ BOMFIM, Vólia Cassar. *Direito do Trabalho*. 8. Ed. Ver. E Atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 153.

¹⁶⁸ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivado*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 105.

Para Ricardo Maurício Freire Soares¹⁶⁹, “a dignidade da pessoa humana figura como um valor, que brota da própria experiência axiológica de cada cultura humana, submetida aos influxos do tempo e do espaço”.

Partindo-se desse pressuposto, Ricardo Maurício Freire Soares¹⁷⁰ defende que a dignidade da pessoa humana deve ser vista como um valor-fonte de todos os valores jurídicos, senão vejamos:

Sendo assim, a dignidade da pessoa humana identifica um núcleo de integridade física e moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência no mundo, relacionando-se tanto com a satisfação espiritual quanto com as condições materiais de subsistência do ser humano, vedando-se qualquer tentativa de degradação ou coisificação do ser humano em sociedade.

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁷¹, ao comentar sobre o princípio em tela, aduz que:

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

Nas conceituações citadas alhures, percebe-se que a dignidade da pessoa humana, além de ser considerada como valor supremo na sociedade, influencia em todas as condutas humanas, de modo que a sua efetivação não deve ser somente realizada pelo legislador, mas por todos os cidadãos.

Acertadamente, Gabriela Delgado¹⁷² afirma que:

no desempenho das relações sociais, em que se destacam as trabalhistas, deve ser vedada a violação da dignidade, o que significa que o ser humano

¹⁶⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

¹⁷⁰ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 142.

¹⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

¹⁷² DELGADO, Gabriela. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006, p. 206.

jamais poderá ser utilizado como objeto ou meio para a realização do querer alheio.

Observa-se, portanto, que a dignidade da pessoa humana tem aplicabilidade direta nas relações de emprego, de modo que a sua violação atinge os bens jurídicos mais valiosos.

Isso porque onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do cidadão, tampouco asseguradas as condições mínimas para a existência digna, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana¹⁷³.

Assim, pode-se afirmar que o direito à desconexão está intimamente relacionado com a dignidade da pessoa humana, na medida em que é considerado como uma forma de garantir a manutenção e aplicação desse preceito fundamental nas relações entre empregador e empregado.

As relações de emprego, essencialmente hierarquizadas, podem extrapolar os poderes que são conferidos ao empregador, causando grave violação à dignidade da pessoa humana.

No cenário atual, caracterizado pelo uso excessivo da tecnologia, o direito à desconexão se afigura importantíssimo, uma vez que, relacionado com a dignidade da pessoa humana, visa garantir condição de vida digna do trabalhador. Aqui se defende que o fato de o trabalhador, teletrabalhador ou não, se desconectar da sua atividade laboral é essencial para a manutenção da sua dignidade.

O direito à desconexão, por sua vez, como direito fundamental social que é, garante ao trabalhador a manutenção da sua dignidade. Contudo, para que haja o devido respeito a este preceito fundamental, é necessário que o empregador analise os bens jurídicos pertencentes ao trabalhador e os respeite.

4.3.2 DIREITO AO LAZER

Outro direito fundamental do trabalhador é o direito ao lazer, que deve ser considerado como instrumento garantidor da dignidade da pessoa humana, “ante

¹⁷³ AMARO ALVES DE. Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Privado**. Ano 6, n. 24 (out./dez. 2005). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 26.

seu conteúdo físico, prático, social, intelectual e artístico e funções relacionadas a promoção do bem estar social, desenvolvimento da personalidade e recuperação do indivíduo”¹⁷⁴.

A Constituição Federal de 1988¹⁷⁵, em seu art. 6, consagrou o direito ao lazer como direito fundamental, senão vejamos:

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

Como se vê, o lazer, na condição de um direito fundamental social, é passível de tutela estatal e não deve ser respeitado somente pelo Poder Público, mas também pelas relações particulares, sobretudo as relações trabalhistas.

Sobre o tema, Amauri Mascaro Nascimento¹⁷⁶ afirma que:

O lazer atende à necessidade de libertação, de compensação às tensões da vida contemporânea, e é uma resposta à violência que se instaurou na sociedade, ao isolamento, à necessidade do ser humano de encontrar-se com o próximo, sendo essas, entre outras, as causas que levam a legislação a disciplinar a duração do trabalho e os descansos obrigatórios.

Nesse sentido, é importante salientar que o direito ao lazer “incide diretamente nas relações entre empregado e empregador”¹⁷⁷, cabendo ao empregador a promoção de atitudes positivas que tenha por finalidade a concretização do lazer¹⁷⁸.

A disseminação dos meios de comunicação nas relações de trabalho tem dificultado o cumprimento deste direito. Daí por que, mais uma vez, o direito à desconexão se mostra imprescindível no exercício desse direito.

Aqui defende-se que, em razão do simples fato de o empregado se desconectar do ambiente laboral, garante a ele a preservação da dignidade da pessoa humana, a proteção da saúde e, sobretudo, o efetivo direito ao lazer.

¹⁷⁴ WYZYKOWSKI, Adriana. **A concretização do direito fundamental ao lazer nas relações de emprego**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015. p. 147.

¹⁷⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 de abril de 2017.

¹⁷⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do Trabalho: relações individuais e coletivas de Trabalho**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 792.

¹⁷⁷ WYZYKOWSKI, Adriana. *Op. cit.* p. 160.

¹⁷⁸ *Ibidem*. p. 161.

4.3.3 PROTEÇÃO À SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA

A Constituição Federal, em seu preâmbulo, especifica expressamente a segurança e o bem estar social nos fundamentos axiológicos da sociedade brasileira como valores supremos, compreendidos em sua dimensão mais ampla, *in verbis*:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

O vocábulo “saúde”, derivado do latim *salus* ou *salutis*, significa o “estado habitual de equilíbrio do organismo ou simplesmente um corpo são”¹⁷⁹. A saúde, enquanto bem jurídico titulado pela pessoa humana, ao lado da higiene e segurança, também recebeu atenção do legislador.

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 6, *caput*, e 196, dispõem o seguinte:

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

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Como se vê, a saúde é, indiscutivelmente, um direito constitucionalmente garantido aos cidadãos, além de ser um dever não só do Estado em sentido abstrato, mas de toda a sociedade.

Notadamente em relação à seara trabalhista, foi assegurada por meio da garantia do direito dos trabalhadores, a “redução dos riscos inerentes ao trabalho”, pela

¹⁷⁹ KROST, Oscar. **O Lado Averso da Reestruturação Produtiva – A Terceirização de Serviços por Fações**. Blumenau: Nova Letra, 2016. p. 150.

publicação de “normas de saúde, higiene e segurança”, nos termos do art. 7, XXII, da Constituição Federal¹⁸⁰.

Convém, inclusive, ressaltar que a redução dos riscos inerentes ao trabalho deve ser aplicada a qualquer tipo de trabalho humano, eventual ou contínuo, subordinado ou não, haja vista a necessidade de se garantir a dignidade do homem trabalhador¹⁸¹.

Conforme foi abordado anteriormente, o art. 75-E da CLT prevê que a responsabilidade pela sanidade ocupacional dos empregados, independente do local de prestação do serviço, é do empregador, devendo este instruí-los de maneira clara e ostensiva quanto às precauções necessárias para evitar doenças e acidentes de trabalho.

Neste compasso, a CLT determina normas a serem cumpridas pelas empresas em relação à segurança do trabalho, de modo que estas são responsáveis por: *(i)* cumprir e fazer cumprir as normas de segurança do trabalho; *(ii)* disponibilizar instruções gerais aos seus trabalhadores em relação às precauções, no sentido de se evitar acidentes de trabalho ou doenças ocupacionais; *(iii)* adotar as medidas determinadas pelos órgãos competentes; e *(iv)* colaborar com a fiscalização das autoridades competentes¹⁸².

Já os trabalhadores estão obrigados a cumprir as normas de segurança, incluindo as instruções da empresa e colaborar para que haja a aplicação efetiva das normas de segurança do trabalho.

Dessa maneira, aquele que se recusar injustificadamente a obedecer às regras gerais ou pessoais da empresa, assim como deixar de utilizar os equipamentos de proteção que lhe são disponibilizados, incorrerá em falta grave, podendo, inclusive, ensejar dispensa com justa causa a depender da gravidade da conduta¹⁸³.

¹⁸⁰ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 2 de abril de 2017.

¹⁸¹ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. A Globalização e Concretização dos Direitos Trabalhistas Fundamentais. **Revista Jurídica da Amatra**. Vitória: Amatra, 17ª Região, ano 5, v. 5, n. 9, jul. 2008, p. 127.

¹⁸² VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Resumo de direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 180.

¹⁸³ Art. 158 - Cabe aos empregados:

I - observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior;

O fato de o teletrabalhador executar as suas atividades fora da sede do empregador, nos termos do art. 6 da CLT¹⁸⁴, não o exime de cumprir as normas de higiene e segurança do trabalho.

Note-se que os riscos e as patologias decorrentes dessa nova forma de prestação laboral estão relacionados com o local do labor e com a organização do trabalho desempenhado.

Neste sentido, relaciona-se o direito à desconexão com os direitos fundamentais referentes às normas de saúde, higiene e segurança do trabalho quanto à limitação da jornada, direito a descanso e à redução de riscos de doenças e acidentes de trabalho.

Isso porque, conforme leciona Christina D’Arc Damasceno Oliveira¹⁸⁵, a inobservância dos aludidos direitos “oblitera, ou mesmo prejudica, o revigoramento físico e mental a manutenção de constantes contatos por parte do tomador de serviços, no exercício do poder diretivo, nos períodos de descanso do trabalhador”.

Não bastasse isso, é imperioso ressaltar que, ainda que não seja estabelecido o efetivo contato entre o empregador e o empregado, também gera efeitos nocivos similares à exigibilidade de que o teletrabalhador esteja ininterruptamente disponível, podendo ser localizado e acionado através dos meios tecnológicos, nos períodos em que deveriam ser destinados exclusivamente ao seu repouso e recuperação da jornada¹⁸⁶.

II - colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo.

Parágrafo único - Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada:

a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior;

b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 20 de maio de 2018.

¹⁸⁴ Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 2 de agosto de 2018.

¹⁸⁵ OLIVEIRA, Christina D’Arc Damasceno. *Direito a desconexão do trabalhador: repercussões no atual contexto trabalhista*. **Revista Trabalhista Direito e Processo**. São Paulo: LTr, ano 9, n. 33, jan./mar 2010, p. 86.

¹⁸⁶ OLIVEIRA, Christina D’Arc Damasceno. *Op. cit.* p. 87.

Em virtude das recorrentes inovações das atividades produtivas e das inúmeras modalidades de trabalho no cenário atual, em especial o teletrabalho, é fácil ocorrer violação dos direitos fundamentais do trabalhador.

Daí por que, o objetivo da Carta Magna, ao enumerar a saúde, a higiene e segurança como direito fundamental da pessoa humana, é tutelar os direitos que garantam a saúde e segurança do trabalhador, a fim de lhes proporcionar um ambiente equilibrado e sadio¹⁸⁷.

O direito à desconexão se afigura, portanto, instituto de fundamental proteção no teletrabalho, na medida em que visa à preservação de adequadas e saudáveis condições de exercício do labor e o devido cumprimento dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente aos trabalhadores.

4.4 A INEXISTÊNCIA DE HIERARQUIA ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A autonomia científica do Direito do Trabalho não significa a sua desvinculação na ciência jurídica, apresentando relações permanentes e, às vezes, estreitas com outros campos jurídicos. A Constituição Federal é o arrimo do ordenamento jurídico brasileiro.

No que concerne ao direito laboral, é importante ressaltar que a Constituição estabelece uma série de direitos aos trabalhadores de modo geral, principalmente ao reconhecer o valor social do trabalho como fundamento da República (art. 1, IV), oferecendo uma especial proteção aos direitos sociais (art. 6), notadamente a um conjunto de direitos mínimos conferidos a trabalhadores urbanos, rurais (art. 7, I a XXXIV) e domésticos (parágrafo único do art. 7).

A Constituição Federal firmou no Brasil o conceito de Estado Democrático de Direito, em que consagrou como direito essencial a dignidade da pessoa humana, juntamente com a valorização do trabalho¹⁸⁸.

¹⁸⁷ MENDONÇA, Francisco Hirllen de Oliveira. *Op. cit.* p. 68.

¹⁸⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 82.

Os princípios gerais da ciência jurídica presentes no ramo justralhista caracterizam-se por “incorporar diretrizes centrais da própria noção de direito, seja englobando valores essenciais da vida humana, elevados ao ápice pelas modernas constituições democráticas (como o princípio da dignidade da pessoa humana), seja referindo-se a comandos diretores fundamentais para as relações entre os sujeitos de direito”¹⁸⁹.

Inobstante a interferência estatal com o escopo de proteger a parte hipossuficiente, observa-se que o poder diretivo é um dos mais importantes efeitos do contrato de trabalho, na medida em que ele confere ao empregador prerrogativas que exercem influência no contexto socioeconômico e na vida do trabalhador, podendo afetar, inclusive, o exercício de parte de sua liberdade.

É cediço que o direito de propriedade do empregador é uma garantia prevista constitucionalmente, em seu art. 5, XXII¹⁹⁰, e há entendimento de que o poder diretivo decorre justamente deste direito, uma vez que, o empregador, na qualidade de titular do empreendimento empresarial, possui o poder de organizar, controlar e disciplinar o trabalho desempenhado pelos trabalhadores¹⁹¹.

Do mesmo modo, a constituição prevê também em seu art. 5, XXIII, que “a propriedade atenderá a sua função social”, formando o princípio constitucional da propriedade. Inscreve, ainda, no seu art. 170 da CF¹⁹² a função social da propriedade entre os princípios que dispõem sobre a ordem econômica e financeira.

¹⁸⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 83.

¹⁹⁰ Art. 5. XXII - é garantido o direito de propriedade; Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 28 de agosto de 2018.

¹⁹¹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. *Op. cit.*, p. 358.

¹⁹² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 28 de agosto de 2018.

Entretanto, o poder diretivo, por sua contratualidade eminente, não é absoluto. Ele encontra limitações no direito à intimidade do empregado (art. 5, X, da CF)¹⁹³, bem como na inviolabilidade do sigilo de correspondência, comunicações telegráficas, de dados e telefônicas (art. 5, XII, da CF)¹⁹⁴, garantias constitucionais, das quais decorre o direito de resistência do empregado.

Observa-se, portanto, a ponderação e limitação dos princípios elencados, na medida em que de um lado da relação laboral está o empregado, que possui o direito à sua privacidade e dignidade, e de outro, o empregador, que possui o direito de propriedade da sua empresa.

Caracterizada a colisão entre o direito de resistência do empregado em privar do conhecimento do empregador as visitas a sítios eletrônicos diversos e correspondências e o direito de o empregador fiscalizar seus empregados, é necessário ponderar qual o maior valor a ser protegido.

Isso porque o direito à intimidade e ao sigilo de dados, bem como o direito à propriedade constituem normas de igual valor. Não há, portanto, qualquer hierarquia entre direitos fundamentais.

Diante das limitações ocasionadas em decorrência do exercício desses direitos fundamentais, não raro, questiona-se qual é o direito que deve prevalecer, se é o do empregador ou o do empregado. Nesse aspecto, Sandra Lia Simón¹⁹⁵ aduz que:

O conceito dos direitos que integram o rol de liberdades públicas é bastante amplo. Muitas vezes, na efetivação de um deles, pode acontecer confronto direto com outro, que tem no ordenamento jurídico (normalmente na Constituição), o mesmo patamar hierárquico. Ocorrerá, então, a chamada colisão de direitos.

De acordo com Canotilho¹⁹⁶, a colisão de direitos fundamentais ocorre:

quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não

¹⁹³ Art. 5. X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

¹⁹⁴ Art. 5. XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

¹⁹⁵ SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 122.

¹⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.255.

estamos perante um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um “choque”, um autêntico conflito de direitos. A colisão ou conflito de direitos fundamentais encerra, por vezes, realidades diversas nem sempre diferenciadas com clareza.

No tocante aos princípios gerais do direito, é possível que haja uma colisão entre dois postulados de igual relevância no ordenamento jurídico. Quando isso ocorre, como bem leciona Alexy, um dos dois princípios deve recuar, sem que isso signifique, contudo, sua abdicação e conseqüente declaração de nulidade¹⁹⁷. Pelo contrário, dependendo da situação fática, o mesmo entendimento que outrora cedeu pode vir a solucionar um conflito de forma diametralmente oposta.

Configurada a existência da colisão, é necessário “encontrar uma fórmula para a harmonização, seja entre direitos, sente entre o direito e o bem constitucionalmente protegido”¹⁹⁸.

Nem sempre o ordenamento jurídico traz a fórmula de conciliação, tal como ocorre nas “hipóteses de desapropriação da propriedade privada para fins de utilidade pública ou necessidade pública e da violabilidade da correspondência, desde que mediante prévia autorização judicial, para fins de investigação criminal”¹⁹⁹.

Assim, para as situações que não tiverem soluções predeterminadas no ordenamento jurídico, deve-se recorrer, de acordo com Canotilho, ao juízo de ponderação ou valoração de prevalência, com o objetivo de harmonizar os direitos e, em sendo necessário, optar-se pela prevalência de um direito em relação a um outro, em determinada situação fática, pois só então será legítimo afirmar que um direito pode prevalecer sobre outro²⁰⁰.

Nesse sentido, Edilson Pereira de Farias entende que o juízo de ponderação deve ser pautado em três princípios doutrinários, a saber: **(i)** o princípio da unidade da Constituição, “pois os diversos preceitos que compõem o texto constitucional devem ser interpretados como um todo e não isoladamente”; **(ii)** o princípio da concordância prática, “pois a interpretação dos preceitos constitucionais, objetivando a máxima

¹⁹⁷ ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos fundamentais no Estado de direito democrático*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 217, jul./set. 1999, p. 67-80.

¹⁹⁸ SIMÓN, Sandra Lia. *Op. cit.* p. 123.

¹⁹⁹ DUARTE, Juliana Bracks. TUPINAMBÁ, Carolina. Direito à intimidade do empregado x direito de propriedade e poder diretivo do empregador. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora RT, ano 28, n. 105, janeiro-março de 2002. p. 234.

²⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim. *Op. cit.*, p. 1.255.

harmonização, deve alcançar a concretização máxima dos direitos envolvidos”; **(iii)** o princípio da proporcionalidade, “a prevalência de um direito em detrimento do outro deve ser a absolutamente necessária para a colisão existente”²⁰¹.

Dessa forma, se faz necessária a análise concomitante desses princípios nas situações que por ventura possa vir a ocorrer entre os direitos fundamentais assegurados, integrantes do rol da liberdades públicas, sempre em busca do equilíbrio da relação empregatícia.

4.5 DANO EXISTENCIAL

Configurado o devido reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho e da dignidade da pessoa humana, do direito ao lazer e a proteção à saúde, higiene e segurança, vislumbra-se a possibilidade fático-jurídica de violação desses direitos, causando danos à pessoa humana do trabalhador, entre os quais estão os danos existenciais.

Em termos conceituais, é possível definir dano como a repercussão da violação a um interesse juridicamente protegido, que repercute sobre a vítima podendo atingir os seus interesses patrimoniais ou extrapatrimoniais.

No ordenamento jurídico brasileiro, as repercussões patrimoniais são conhecidas como danos materiais, e as extrapatrimoniais como danos morais. Essa experiência dogmática foi acolhida pela Constituição Federal, em seu art. 5, incisos V²⁰² e X²⁰³, e, atualmente, no art. 186 do Código Civil, onde legislador utiliza as expressões danos materiais e danos morais.

Em relação ao referido art. 5, V, da CF, o constituinte acrescentou os danos à imagem, o que ocasionou o reconhecimento, pela doutrina e jurisprudência, dos

²⁰¹ SIMÓN, Sandra Lia. *apud* FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de informação e de expressão*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, Editor, 1996.

²⁰² Art. 5º 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, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

²⁰³ X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

danos estéticos como uma espécie autônoma de dano, conforme a Súmula 387 do STJ²⁰⁴.

Notadamente nas relações de trabalho, os trabalhadores configuram sujeito-ativos da proteção da dignidade humana, bem como são detentores de direitos fundamentais, inclusive os próprios empregadores, no que lhes couber em referência às pessoas jurídicas, que também figuram como destinatários de direitos fundamentais²⁰⁵.

Pela contextualização do dano moral, as violações dos direitos fundamentais nas relações privadas ocasionam variadas relações jurídicas de responsabilidade civil pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, abrangendo, no último gênero, a espécie dos danos existenciais.

Não obstante seja introdutório no Direito brasileiro, o dano existencial tem sido utilizado por grande parte da doutrina e da jurisprudência, como espécie de dano moral.

No direito italiano, o direito existencial é considerado como um terceiro tipo de dano, além do patrimonial e extrapatrimonial. Independentemente da nomenclatura utilizada no Brasil, é possível a reparação do dano causado à existência do indivíduo, embora não seja um entendimento consolidado na jurisprudência e na doutrina.

De acordo com os ensinamentos de Eugenio Facchini Neto e Tula Wesendonck, “os danos existenciais podem ser entendidos como uma espécie do gênero mais amplo dos danos imateriais ou extrapatrimoniais, que entre nós costumam ser chamados de danos morais”²⁰⁶.

Na relação empregatícia, configura-se dano existencial quando o empregador, abusando de seu poder de comando e direção, ofende a dignidade humana do trabalhador, frustrando suas expectativas futuras ou atrapalhando suas atividades e relações interpessoais.

²⁰⁴ STJ - Súmula 387. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

²⁰⁵ MOLINA, André Araújo. Dano existencial por jornada de trabalho excessiva. Critérios objetivos (horizontais e verticais) de configuração. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: v. 27, n. 318, dezembro 2015, p.11.

²⁰⁶ FACCHINI NETO, Eugênio; WESENDONCK, Tula. Danos existenciais: “precificando” lágrimas? **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória: n. 12, jul./dez. 2012, p. 230.

Nesse diapasão, eis os ensinamentos de Rúbia Zanotelli Alvarenga e Jorge Cavalcante Boucinhas Filho²⁰⁷:

O dano existencial no Direito do Trabalho, também chamado de dano à existência do trabalhador, decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal.

O dano existencial, portanto, consiste na “violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoas, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer²⁰⁸”

Ressalte-se que é no confronto com o dano moral que o dano existencial fica extremamente claro, como aduz Matteo Maccarone²⁰⁹:

O dano moral é essencialmente um “sentir”; o dano existencial é mais um “fazer” (isto não é um “não mais poder fazer”, um “dever agir de outro modo”). O primeiro refere-se quanto a sua natureza ao “dentro” da pessoa, à esfera emotiva; o outro relaciona-se ao exterior, o tempo e espaço da vítima. No primeiro torna-se em consideração o pranto versado, as angústias; no outro as atenções se voltam para a reviravolta forçada da agenda do indivíduo”.

Assim, pode-se afirmar que o dano existencial, em síntese, acarreta uma frustração no projeto de vida do ser humano, colocando-o em uma situação de manifesta inferioridade, no que tange à felicidade e bem estar, comparada àquela antes de sofrer o dano, sem obrigatoriamente se enquadrar em um prejuízo econômico.

Logo, o indivíduo ofendido vê-se privado de um direito fundamental constitucionalmente assegurado, o direito de fazer ou deixar de fazer o que tiver vontade, desde que, obviamente, respeitado o direito do próximo. Afinal, “toda

²⁰⁷ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. O dano existencial e o direito do Trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n 3712, 30 ago. 2013. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/39828/2013_alvarenga_boucinhas_filho_dano_existencial.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 14 de abril de 2018.

²⁰⁸ ALMEIDA NETO, AMARO ALVES DE. *Op. cit.*, p. 42.

²⁰⁹ ALMEIDA NETO, AMARO ALVES DE. *Op. cit.*, p. 47. *Apud* MACCARONE, Matteo. *Le imissione. Tutela reale a tutela dela persona*. Milano: Giuffrè, 2002, p. 61.

pessoa tem o direito de não ser molestada por quem quer que seja, em qualquer aspecto da vida, seja físico, psíquico ou social”²¹⁰.

Uma vez submetido ao ordenamento social, o cidadão possui o dever de respeitar e o direito de ser respeitado, porque, na condição de ontologicamente livre, sujeito somente às normas legais de conduta.

4.6 A IMPORTÂNCIA DO EFETIVO EXERCÍCIO DO DIREITO À DESCONEXÃO E OS SEUS MECANISMOS DE GARANTIA

A inserção dos meios tecnológicos e de comunicação trouxe significativas mudanças no desempenho das atividades laborais. Tal perspectiva trouxe diversos benefícios, dentre eles, a facilidade de comunicação entre os sujeitos da relação de emprego, a simplificação da vida atribulada e a redução de tempo no desempenho da prestação do labor.

As transformações ocorridas em virtude das novas tecnologias, no entanto, podem se tornar o vilão do próprio homem, na medida em que a “facilidade de comunicação e localização poderá fazer ressurgir uma nova ideia de escravidão: a tecnológica”²¹¹. É cediço que a utilização dos meios tecnológicos ao mesmo tempo em que proporciona o excessivo acesso às informações, também desencadeia a “disponibilidade excessiva do empregado”²¹².

Em razão dessa problemática, para que não haja violação dos direitos fundamentais pertencentes aos trabalhadores, deve-se atentar para a “adequação dos institutos tradicionais que buscam assegurar a garantia ao repouso no âmbito das novas tecnologias”²¹³, como, por exemplo, o respeito à jornada de trabalho.

É de suma importância, portanto, o efetivo exercício do direito à desconexão, uma vez que, além de preservar os direitos fundamentais assegurados aos trabalhadores, garante o direito de se desconectar do ambiente de trabalho, proporcionando-lhes maior disponibilidade de tempo para experimentar as suas necessidades e vivências pessoais.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 49.

²¹¹ RESEDÁ, Salomão. O direito à desconexão – uma realidade no teletrabalho. **Revista LTr**, vol. 71, n. 07, julho de 2007, p. 823.

²¹² *Ibidem*. p. 825.

²¹³ *Ibidem*. p. 825.

Neste contexto, poder se afirmar que o mecanismo mais eficiente para assegurar o direito do trabalhador à desconexão ocorreria somente com a possibilidade de o teletrabalhador se abster do ambiente de trabalho e de cumprir com suas obrigações fora da empresa.

Contudo, no mundo contemporâneo, onde há o fácil acesso e rapidez na transmissão das informações, o simples fato de o trabalhador deixar o ambiente de trabalho não garante que ele estará desconectado do trabalho.

O que se defende neste trabalho é que os teletrabalhadores, mesmo sujeitos a um contrato específico de trabalho, possui o direito de se desconectar das suas atividades laborais, assim como os demais trabalhadores.

Daí por que deve ser observada como a desconexão ao trabalho deve ocorrer, tendo em vista que, embora o teletrabalho seja uma modalidade flexível de prestação laboral, deve ele obedecer aos direitos constitucionalmente assegurados aos trabalhadores.

Vale ressaltar que, em virtude da modernização das ferramentas de comunicação, as formas de fiscalização sofreram grande evolução, de modo a permitir que o empregador exerça a fiscalização dos teletrabalhadores de forma remota.

Percebe-se, pois, que a internet e o computador assume uma função de extrema importância na modalidade do teletrabalho, haja vista a maioria dos profissionais utilizarem essas ferramentas como instrumento de trabalho e os tomadores de serviço, por sua vez, como meio de supervisão e controle das tarefas por eles determinadas²¹⁴.

As novas tecnologias disponibilizaram ferramentas de fiscalização capazes de controlar a jornada de trabalho dos empregados, pela adoção de sistemas que travam os *e-mails* corporativos da empresa, impedindo o envio ou recebimento de mensagens fora do expediente, ou o acesso à rede corporativa²¹⁵.

Neste sentido, Ivani Bramante sugere que sejam adotadas medidas de efetivação deste direito, tais como:

- a) evitem o envio de mensagens fora do horário de trabalho ou experiente;
- b) de implantação de uma política para o trabalho remoto, em Regulamento de Empresa, com ciência do empregado;

²¹⁴ MENDONÇA, Francisco Hirllen de Oliveira. Proteção jurídica do teletrabalho. **Revista da ESMAT – Legislação do Trabalho**. João Pessoa: LTr, ano V, n. 5, dez. de 2012. p. 66.

²¹⁵ *Ibidem*. p. 68.

c) a adoção de sistemas travas do e-mail corporativo, de modo que as mensagens são disparadas a partir do horário comercial ou, de acordo com as regra de contratação individual e coletiva²¹⁶.

Tais medidas, inclusive, não possibilitam que o teletrabalhador, futuramente, alegue que houve sobrejornada, causando, portanto, uma segurança jurídica para o tomador de serviços.

É importante salientar que essa nova forma de trabalho permite que o empregador exerça o seu poder diretivo virtual, que consiste no fato de o teletrabalhador executar as suas atividades fora da sede da empresa, porém diretamente conectado ao seu superior hierárquico pela utilização da internet²¹⁷.

Portanto, é necessário que haja adoção de medidas preventivas como forma de evitar a violação do direito à desconexão e, por conseguinte, evitar a ocorrência de eventuais danos à integridade física e psíquica do teletrabalhador.

Outrossim, é importante ressaltar que a proteção à saúde e segurança do teletrabalhador não são de responsabilidade exclusiva do empregador, mas também do empregado, que deverá zelar e contribuir para a qualidade e manutenção do seu local de trabalho.

4.7 O DIREITO À DESCONEXÃO COMO INSTITUTO FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO NO TELETRABALHO

A expansão dos meios telemáticos e tecnológicos modificou muito as relações de trabalho, de modo a permitir o crescimento de formas alternativas de exercer a atividade laboral, como o teletrabalho.

O instituto do teletrabalho, conforme foi abordado no capítulo anterior, é cada vez mais explorado pelas empresas não somente no Brasil, mas em todo o mundo, por ser uma modalidade de trabalho em que a prestação laboral pode ser exercida de qualquer lugar geográfico.

O sistema de prestação laboral no teletrabalho ocorre devido à disponibilidade de o teletrabalhador exercer a sua atividade em qualquer lugar, desde que conectado por

²¹⁶ BRAMANTE, Ivani Contini. Teletrabalho: teledireção, telessubordinação e teledisposição. **LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 76, n. 4, 2012, p. 391-412.

²¹⁷ *Ibidem*. p. 68.

um computador à internet, permitindo ao empregado condições e horários flexíveis e favoráveis à realização de outros compromissos pessoais.

O teletrabalho, caracterizado pela flexibilidade de organização do labor e inserção dos meios telemáticos e informatizados no âmbito particular do empregado, é capaz de ensejar situações em que haverá a disponibilidade excessiva do teletrabalhador, uma vez que a subordinação ao empregador e fiscalização do trabalho ultrapassam os limites físicos da empresa.

Isso porque, os avanços tecnológicos nem sempre são favoráveis ao teletrabalhador, já que podem representar uma ameaça ao equilíbrio entre a vida pessoal e profissional, uma vez que o seu superior hierárquico extrapola os limites físicos da empresa, invadindo a vida pessoal do seu subordinado.

Sob essa perspectiva, surgiu-se a necessidade de se falar sobre a desconexão do teletrabalhador, cujo objetivo é assegurar o respeito aos preceitos constitucionais e infraconstitucionais elencados neste capítulo, adotando medidas preventivas, a fim de evitar, ou ao menos minimizar, a ocorrência de possíveis problemas laborais que possam comprometer a integridade física e mental do empregado.

Jorge Luiz Souto Maior²¹⁸, inclusive, faz uma relação do direito à desconexão sob o viés do “não trabalho”, cujo objetivo desempenhar o trabalho dentro dos padrões necessários à preservação da vida privada, senão vejamos:

Devo esclarecer que quando se fala em direito a se desconectar do trabalho, que pode ser traduzido como direito de não trabalhar, não se está tratando de uma questão meramente filosófica ou ligada à futurologia, como a que nos propõe Domenico de Masi. Não se fala, igualmente, em direito em seu sentido leigo, mas sim numa perspectiva técnico jurídica, para fins de identificar a existência de um bem da vida, o não trabalho, cuja preservação possa se dar, em concreto, por uma pretensão que se deduza em juízo.

Um direito, aliás, cujo titular não é só quem trabalha, mas, igualmente, a própria sociedade, aquele que não consegue trabalho, porque outro trabalha excessivamente, e os que dependem da presença humana do que lhes abandonam na fuga ao trabalho.

[...]

²¹⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. Disponível em: http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf. Acesso em 5 de abril de 2017. p. 2.

De todo modo, impera, culturalmente, a idéia do trabalho como fator dignificante da pessoa humana e como elemento de socialização do indivíduo, tornando-se um grande desafio falar em direito ao não trabalho, ainda mais sob o prisma da efetiva proteção jurídica deste bem.

É válido destacar que, o “não trabalho” acima referido “não é visto no sentido de não trabalhar completamente e sim no sentido de trabalhar menos, até o nível necessário à preservação da vida privada e da saúde”²¹⁹.

Noutras palavras, significa dizer que o direito ao não trabalho possui a finalidade de impedir a exploração do teletrabalhador, através de excessivas jornadas de trabalho, motivadas pela mobilidade tecnológica.

O ritmo intenso da vida profissional, caracterizado por atividades exaustivas, cobranças e desrespeito aos horários de jornada de trabalho, é uma das formas mais constantes de violação da livre disposição do tempo do teletrabalhador. Tal violação, conforme foi abordada, é passível de tutela jurídica.

Salomão Resedá²²⁰ assevera que:

Em razão deste ambiente não favorável à pessoa submetida a esta sistemática, começam a surgir no âmbito trabalhista os primeiros contornos acerca do direito à desconexão. Ora, se a subordinação e fiscalização do empregador ultrapassam os horizontes da empresa e atingiram o âmbito privado do empregado, nada mais justo do que este possuir o direito de se desvincular da empresa.

O direito à desconexão é, portanto, “o direito do assalariado de não permanecer “lincado” com o empregador fora dos horários de trabalho, nos finais de semana, férias ou quaisquer outros períodos que sejam destinados ao seu descanso”²²¹.

Nesse sentido, Cristina D’Arc Damasceno Oliveira²²² afirma que:

O direito a desconexão pode ser definido como aquele que assiste ao trabalhador de não permanecer sujeito à ingerência, solicitações ou contatos emanados do respectivo empregador pessoa física ou do empreendimento empresarial para o qual o obreiro trabalha, em seu período destinado ao

²¹⁹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Mecanismos jurídicos para preservar o direito ao descanso. *Op. cit.* p. 259.

²²⁰ RESEDÁ, Salomão. O direito à desconexão – uma realidade no teletrabalho. **Revista LTr**, vol. 71, n. 07, julho de 2007, p. 826.

²²¹ RESEDÁ, Salomão. O direito à desconexão – uma realidade no teletrabalho. **Revista LTr**, vol. 71, n. 07, julho de 2007, p. 826.

²²² OLIVEIRA, Christina D’Arc Damasceno. *Direito a desconexão do trabalhador: repercussões no atual contexto trabalhista*. **Revista Trabalhista Direito e Processo**. São Paulo: LTr, ano 9, n. 33, jan./mar 2010.

descanso diário (intervalos intra e interjornada), semanal (descanso semanal remunerado) ou anual (férias), e ainda em situações similares (licenças), em especial diante das novas tecnologias (*blackberry, palm, pager, fax*, celular, e ainda computador ou *notebook* munidos de *internet* ou de rede).

Nessa linha de intelecção, Francisco Hirllen de Oliveira Mendonça²²³, em poucas palavras, se posiciona no sentido de que o direito a desconexão “trata-se do direito ao repouso e ao afastamento do ambiente laboral para recuperação de suas energias e higienização mental”.

Dessa forma, percebe-se que, o direito a desconexão deve ser observado como direito fundamental ao descanso e à privacidade de todos os teletrabalhadores, tendo em vista que o afastamento das atividades laborais e dos problemas correlatos, garantem o respeito à dignidade da pessoa humana, o lazer e a proteção a saúde, higiene e segurança.

No direito contemporâneo, o direito do trabalho tem se preocupado cada vez mais com o descanso e o lazer dos empregados, devido aos novos meios de informação e comunicação disponíveis para a prestação do serviço.

O descanso, dentro da rotina do trabalhador, “não se apresenta como uma opção ou mero ato de conveniência, mas como um dos mais significantes institutos de direito do trabalho, por possibilitar o equilíbrio entre a vida e o trabalho, de modo a resguardar sua integridade física e psíquica e a garantir sua dignidade como indivíduo e ser social”²²⁴.

Sobre o tema, Sérgio Pinto Martins²²⁵ leciona que:

Período de descanso diria respeito ao tempo entre dois fatos; um ciclo, podendo se confundir com as férias ou com o descanso semanal remunerado, que não deixam de ser períodos de descanso, em que o trabalhador irá repor suas energias gastas no ano, no primeiro caso, ou na semana, na segunda hipótese. Assim, o período de descanso seria o gênero, do qual seria espécie o intervalo.

Como se vê, entende-se por período de descanso o momento de reposição das

²²³ MENDONÇA, Francisco Hirllen de Oliveira. Proteção jurídica do teletrabalho. **Revista da ESMAT – Legislação do Trabalho**. João Pessoa: LTr, ano V, n. 5, dez. de 2012. p. 71.

²²⁴ BISPO, Marcio Ricardo Azevedo. Direito à desconexão. **Direito judiciário e magistratura do trabalho (ADT): instituições clássicas e suas novas manifestações na sociedade contemporânea**. Recife: Nossa Livraria, 2015. p. 137.

²²⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 234.

energias gastas ou durante o ano ou durante a execução do serviço.

O período ao descanso não é visto somente como um direito, mas também como um mecanismo de extrema influencia sobre diversos aspectos, a saber: fator biológico, fator social, fator econômico e fator financeiro.

Em relação ao fator biológico, é indiscutível o fato de que o excesso de trabalho atinge a saúde física e mental do trabalhador, ocasionando a fadiga, o estresse e cansaço²²⁶.

É cediço que muitas doenças são fruto do esgotamento profissional, podendo acarretar, inclusive, à invalidez do trabalhador. É crescente o diagnóstico da Síndrome de Burnout, também conhecida como Síndrome do Esgotamento Profissional, que consiste em um “tipo de estresse ocupacional por condições de trabalho desgastantes e que levam o indivíduo a mudanças de comportamento em diversos níveis, com repercussão na saúde orgânica e psicológica”²²⁷.

Além do aumento de incidência das doenças ocupacionais, o excesso de trabalho intensifica a ocorrência de acidentes de trabalho, uma vez que o trabalhador diminui o nível de atenção, resistência e precisão, pelo excessivo stress e cansaço.²²⁸

Já da perspectiva social, a sociabilidade consiste na capacidade do ser humano conviver em sociedade para o desempenho da função social, através da realização de ações que caracterizem a sua existência, dentre elas, o exercício de atividades culturais, familiares, afetivas, esportivas e laborativas²²⁹.

Dessa forma, sendo o trabalho uma das funções sociais atribuídas ao homem, é necessário que haja equilíbrio e ponderação no seu cumprimento, para que ele possa realizar atividades distintas que igualmente lhe proporcione prazer e satisfação.

Nesse contexto, o direito à desconexão é de extrema importância, pois, é através desse tempo que o trabalhador pode, além de descansar, desenvolver os seus projetos pessoais.

Outro fundamento é o fator econômico. O tempo de descanso do trabalhador, ainda

²²⁶ BISPO, Marcius Ricardo Azevedo. Direito à desconexão. *Op. cit.* p. 138.

²²⁷ *Ibidem.* p. 138.

²²⁸ *Ibidem.* p. 138.

²²⁹ BISPO, Marcius Ricardo Azevedo. Direito à desconexão. *Op. cit.* p. 139.

que caracterize o período no qual o empregado não está produzindo, também oportuna vantagem pecuniária para o empregador²³⁰.

É evidente que um empregado cansado e estressado produzirá menos no exercício do serviço. Isso porque, o descanso repõe as energias despendidas, melhorando significativamente a capacidade produtiva e a qualidade do trabalho²³¹.

Ademais, se não houver o respeito ao período de descanso, a probabilidade de ocorrer erros e acidentes de trabalho é maior, o que pode gerar consequências negativas para o empregador, com o ajuizamento de ação judicial munida de pedidos de indenização com precedentes de expressivos valores.

Por fim, o direito à desconexão ao trabalho influencia fatores financeiros. Isso ocorre devido aos ramos econômicos que possuem produtos destinados ao tempo livre dos consumidores, que visam fornecer bens e serviços que proporcionam satisfação e bem-estar nos períodos de descanso e lazer²³².

Impende ressaltar que, a Lei 13.467/17, que estabeleceu a reforma trabalhista, excetuou alguns trabalhadores das normas de restrição da duração de trabalho, que são aqueles que desempenham atividade externa incompatível com a fixação do horário de trabalho (art. 62, I, da CLT), os empregados de confiança (art. 62, II, da CLT) e os teletrabalhadores (art. 62, III, da CLT):

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

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

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

III - os empregados em regime de teletrabalho.

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

²³⁰ *Ibidem*. p. 139.

²³¹ *Ibidem*. p. 139.

²³² *Ibidem*. p. 140.

Da leitura do dispositivo acima, constata-se que, embora os teletrabalhadores tenham sido incluídos no rol do art. 62 da CLT, não se pode interpretar essa regra de forma absoluta.

O art. 7, inciso XIII, da Constituição Federal, prevê que a duração normal não deve ser superior a 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) semanais, de modo que há a possibilidade de compensação de horários e redução de jornada, através de acordo ou convenção coletiva.

Assim, referido art. 62, inciso III, deve ser interpretado de forma restritiva, uma vez que apenas não aferirá as horas extras e congêneres se for incompatível com o controle de jornada.

Observa-se que, ainda de acordo com o aludido artigo, os trabalhadores que exercem cargos de gestão também não possuem direito ao limite de jornada de trabalho, ao recebimento de horas extras, tampouco de adicional noturno trabalhado.

É válido ressaltar a previsão do parágrafo único do aludido dispositivo: o regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento).

Noutras palavras significa afirmar que os gerentes são excluídos do regime de duração de trabalho quando recebe salário efetivo do cargo de confiança e gratificação de função de 40% ou mais sobre a mencionada base, se houver o pagamento da gratificação²³³.

Não existe a obrigatoriedade no recebimento pelo gerente da gratificação de função, mas havendo a aludida gratificação, deve o empregado, para ser caracterizado como exercente de cargo de confiança, receber salário em quantia consideravelmente superior ao que recebem os demais empregados.

Entende-se, contudo, neste estudo, que mesmo os referidos empregados fazem jus ao descanso semanal remunerado, de acordo com a redação determinada pelo art. 7, XV, da Constituição Federal e regulado pela Lei 605/1949:

²³³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. *Op. cit.*, p. 923.

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

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

Embora a questão possa não ser unânime, o melhor entendimento – e aqui adotado – é de que os altos empregados, mesmo sendo excluídos do capítulo de jornada de trabalho (art. 62 da CLT), continuam sendo sujeitos ativos dos direitos fundamentais que consistem na desconexão do trabalho.

O que significa afirmar, noutras palavras, que não é porque o gerente assumiu cargo de confiança de uma empresa, não se submetendo ao registro de jornada, que eles não tenham o direito de realizar seus projetos de vida, direito ao lazer, às férias, dentre outros.

Nesse sentido, os gerentes, os externos sem registro de jornada, os exercentes de cargos de alta envergadura empresarial, possuem o direito fundamental de se desconectar-se do trabalho e desfrutar de todos os momentos da vida fora do local de prestação laboral, de modo que constitui ato ilícito a supressão pelo empregador²³⁴.

Com a crescente valorização do ser humano, a responsabilidade civil passou a abarcar não somente os danos materiais, como também os danos morais, alcançando qualquer dano extrapatrimonial de relevância jurídica.

A violação dos direitos fundamentais por ato ilícito do empregador, que interfira na vida pessoal dos trabalhadores, causariam danos existenciais indenizáveis nas relações de trabalho.

Sobre este tema, cabe destacar que o Código do Trabalho de Portugal de 2009, com as revisões de 2012 e 2014, também possui empregados com hierarquia mais elevada e que são isentos de horário de trabalho. Entretanto, na realidade portuguesa, eles estão resguardados pelos direitos fundamentais, uma vez que gozam das férias, descansos semanais remunerados, folga em feriados e tem respeitado o intervalo intrajornada²³⁵.

Recentemente, a França aprovou a Lei 1.088 de 2016, cujo objetivo era garantir aos empregados das empresas com mais de 50 trabalhadores o direito de se

²³⁴ MOLINA, André Araújo. Dano existencial por violação dos direitos fundamentais ao lazer e à desconexão do trabalhador. **Revista LTr**, ano 81, n. 04, abril de 2017, p. 471.

²³⁵ *Ibidem*, p. 471.

desconectar durante os períodos destinados ao descanso²³⁶.

Em virtude do processo de globalização no século XXI, o direito à desconexão possui grande relevância no ordenamento jurídico e está intimamente relacionado a direitos fundamentais trabalhistas específicos e não específicos.

O direito à desconexão, pois, apresenta-se como uma forma de garantia do cumprimento do preceito constitucional a partir dos novos paradigmas trazidos pela tecnologia²³⁷.

O trabalhador cuja jornada de trabalho fixada é desrespeitada visualiza a sua dignidade frustrada, na medida em que fica impedido de desenvolver outras atividades prazerosas, além das laborais.

Neste diapasão, “o empregado que não usufrui de períodos de descanso vê obstadas as oportunidades de aproveitar o tempo livre para investir em seus projetos de futuro e em seu desenvolvimento como pessoa”²³⁸. Outrossim, ficam prejudicadas as suas relações sociais e familiares, em virtude de permanecer laborando durante o tempo de descanso, ainda que distante do empregador.

Impende salientar que o dano existencial nem sempre estará relacionado a um prejuízo financeiro. Até porque, mesmo que o empregador faça o devido ressarcimento financeiro do tempo de descanso suprimido do trabalhador, este fato não exclui a configuração de dano existencial no âmbito de contrato de emprego.

Nessa linha de intelecção, Rúbia Zanotelli Alvarenga e Jorge Cavalcante Boucinhas Filho²³⁹ leciona:

Ainda que horas suplementares sejam corretamente quitadas, o prejuízo que essa política causa ao trabalhador, impedindo-o de desfrutar do convívio com seus amigos, fazendo-lhe perder a oportunidade de ver seus filhos crescer e, por vezes, privando-o até mesmo do direito de exercer seu credo religioso, subsistirá.

²³⁶ *Ibidem*, p. 471.

²³⁷ RESEDÁ, Salomão. O direito à desconexão – uma realidade no teletrabalho. *Op. cit.*, p. 827.

²³⁸ MOLINA, André Araújo. Dano existencial por jornada de trabalho excessiva. Critérios objetivos (horizontais e verticais) de configuração. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: v. 27, n. 318, dezembro 2015.

²³⁹ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. O dano existencial e o direito do Trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n 3712, 30 ago. 2013. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/39828/2013_alvarenga_boucinhas_filho_dano_existencial.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 14 de abril de 2018.

No contrato de emprego, além de o desrespeito ao descanso do trabalhador figurar como principal forma de configuração do dano existencial, a doutrina afirma que a submissão do trabalhador à condição degradante ou análoga à de escravo também configuram o dano existencial, haja vista a incompatibilidade dessas condições com as relações sociais e projetos de futuro dignos.

A violação do direito fundamental do trabalhador ocorre justamente quando há a imposição pelo empregador de realização jornada excessiva, restringindo a independência de auto determinar-se.

O homem precisa se relacionar em sociedade, praticar atividades recreativas para suportar as pressões externas do cotidiano. São essas atividades que asseguram o bem estar físico e psíquico, “favorecendo a sua capacidade não somente de continuar exercendo o seu trabalho, sua profissão, como aumentando suas chances de crescer, de ascender melhores postos e, com isso, aumentar seus rendimentos”²⁴⁰.

Atualmente, o entendimento do TST é no sentido de que a conexão por meio de aparelhos celulares e demais instrumentos tecnológicos, que deixam os trabalhadores em estado de permanente disposição, incidem em violação dos direitos trabalhistas, com direito ao pagamento da disponibilidade, a título de horas de sobreaviso, por aplicação analógica do art. 244 da CLT para todas as categorias de trabalhadores, conforme a atual redação da Súmula n. 428, II, do TST.

Entretanto, deve-se atentar para o fato de que, mesmo os períodos que configurem regime de sobreaviso, ainda que remunerados, devem observar o limite de 24h em casa escala, de acordo com o art. 244, § 2²⁴¹, da CLT, de modo que “a exigência de permanente disposição do trabalhador para ser convocado ao trabalho, avançado para além dos limites de escala de sobreaviso, ofendendo, então, os intervalos

²⁴⁰ ALMEIDA NETO, AMARO ALVES DE. Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Privado**. Ano 6, n. 24 (out./dez. 2005). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 35.

²⁴¹ 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.

interjornadas ou intersemanais, configura ato ilícito, sujeitando o empregador ao dever de ressarcimento”²⁴².

Um ponto que merece destaque é a inobservância do direito à desconexão, uma vez que pode ocasionar o esgotamento físico e psíquico do trabalhador, suficiente o bastante para dificultar, ou até mesmo impedir, o desempenho de outras atividades responsáveis pelo seu crescimento individual e interpessoal.

Nesse sentido, conforme bem destaca Christina D’Arc Damasceno Oliveira:

Na hipótese de violação persistente e reiterada do direito à desconexão pelo tomador de serviços, será viável a apresentação judicial de ação munida de pedidos de indenização por danos morais e de tutela inibitória voltada para que o empregador se abstenha de praticar a conduta em detrimento do empregado, sob pena de multa diária e outras sanções de natureza processual.

Como se pode observar, nos casos em que for configurados a violação ao direito à desconexão, poderá o empregado ajuizar uma ação judicial com pedido de indenização por danos morais.

Oportuno salientar que o dever de indenizar não deve incidir sobre um fato pontual ocorrido no desempenho da prestação laboral. Deve-se, portanto, verificar no caso concreto se o direito de se desconectar foi reiteradamente violado ao ponto de ensejar prejuízos na vida pessoal do trabalhador.

A reparação do dano, portanto, impõe a comprovação de ilícito trabalhista relacionado ao excesso de trabalho, prejuízo referente a projeto de vida e nexos de causalidade entre ambos²⁴³.

Nesse sentido, Márcia Vieira Maffra leciona que nas ações individuais, é facultado ao trabalhador requerer a tutela inibitória para evitar a violação dos direitos ao lazer e à desconexão, dos danos materiais referentes ao pagamento das horas extras já realizadas, além do dano existencial, visto que a conduta patronal o impede de

²⁴² MOLINA, André Araújo. Dano existencial por Violação dos Direitos Fundamentais ao Lazer e à Desconexão do Trabalhador. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: v. 29, n. 342, Dezembro 2017, p. 98.

²⁴³ ALVES, Amauri Cesar. Limite constitucional de jornada, dano existencial e Trabalho escravo. São Paulo: **Revista LTr**, ano 80, n. 09, setembro de 2016.

finalizar seus projetos de vida e manter as relações sociais fora do ambiente de trabalho²⁴⁴.

Diante de tudo quanto foi exposto, contata-se que o direito à desconexão é um instituto fundamental de proteção no teletrabalho, na medida em que o direito ao descanso representa a junção de direitos fundamentais, integrantes não somente do patrimônio jurídico dos trabalhadores, individualmente considerados, mas também de um universo que envolve os trabalhadores em sentido amplo, a família, o Estado, todos os sujeitos da relação empregatícia, instigando não apenas a atuação processual individual das vítimas diretas, mas também dos entes legitimados coletivos, a exemplo do Ministério Público do Trabalho e os Sindicatos, em ações de natureza coletiva, com o intuito de inibir a prática de condutas irregulares e a reparação, individual homogênea, coletiva e difusa, dos danos causados.

²⁴⁴ MAFFRA, Márcia Vieira. Direito à desconexão no universo do trabalho. In: GUERRA, Giovani Antônio Diniz; VASCONCELOS, Ricardo Guerra; CHADI, Ricardo (Org.). *Direito do Trabalho*. Belo Horizonte: Fumarc, v. 2, 2015, p. 508.

5 CONCLUSÃO

Com o advento da Revolução Industrial, o capitalismo cresceu com condições favoráveis ao seu desenvolvimento, que consistia na concentração dos meios de produção nas mãos de um número pequeno de pessoas e a grande oferta de mão de obra.

As relações modelo de trabalho da Revolução Industrial eram representadas pela linhas de produção nas fábricas, com o deslocamento físico dos operários até o estabelecimento industrial, momento no qual eram submetidos à exaustiva jornada de trabalho.

Naquela época, as relações de trabalho se caracterizavam pela disparidade de situação das partes e, por esta razão, foi necessária a intervenção do Estado para proteger os trabalhadores.

Assim, com reação ao modelo econômico de exploração, nasceu o Direito do Trabalho enquanto ramo jurídico autônomo, cujo objetivo era proteger os operários, principalmente em relação ao tempo em que os trabalhadores ficavam à disposição dos empregadores em suas empresas.

Em virtude dos avanços tecnológicos das últimas décadas, projetaram-se sobre os contratos de trabalho, possibilitado pela inserção dos meios de comunicação e telemática, uma maior flexibilidade quanto ao local da prestação dos serviços, momento no qual surgiu o instituto do teletrabalho.

Conforme foi abordado, o instituto do teletrabalho vem cada vez mais sendo explorado pelas empresas que buscam uma alternativa para a prestação do labor de qualquer lugar geográfico.

O direito à desconexão, como fator de proteção fundamental no teletrabalho, surgiu para garantir que haja o cumprimento dos preceitos constitucionais e infralegais, cuja finalidade seja a preservação, em sentido amplo, do ser humano.

Em face disso, ficou demonstrado que cabe ao Estado estabelecer limites de jornada de trabalho, visando à saúde física e mental do teletrabalhador, e também estimular a valorização do tempo livre enquanto período de desenvolvimento da individualidade e das relações interpessoais.

Os empresários, por sua vez, devem observarem as normas referentes aos períodos de descanso e respeitarem o momento de abstinência de seus empregados, com o escopo de não perturbar a desconexão com o serviço.

O descanso, portanto, deve ter como premissa fundamental a integridade psíquica e mental, além de garantir também o bem estar do trabalhador.

É importante deixar claro que, naquilo que o teletrabalho se revelar compatível com o tradicional, deve o empregador fiscalizar o ambiente de trabalho e acompanhar a execução das tarefas, cumpridas as normas de segurança e saúde do teletrabalhador. As situações distintas, entretanto, deverão ser analisadas caso a caso.

A redução dos riscos inerentes à execução do trabalho deve ser aplicada a qualquer tipo de trabalho humano, eventual ou contínuo, com a finalidade de assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana.

O Direito do Trabalho, em sua premissa maior, busca proteger o trabalhador e assegurar a honra, a dignidade e intimidade do empregado, mas também de conferir proteção ao contrato de emprego.

De acordo com o que foi defendido neste trabalho, o direito à desconexão apresenta-se como uma forma de garantia do cumprimento do preceito constitucional a partir nas novas mudanças trazidas pela tecnologia.

É cediço que os direitos constitucionais ao descanso, lazer, convivência social e afetiva, a saúde, dentre outros, são incidentes nas relações de trabalho, de modo que a violação destes pugna por uma reação do ordenamento jurídico em relação à recomposição dos danos materiais e, principalmente, no reconhecimento das repercussões pessoais que o ato ilícito ensejou sobre a vítima, cuja reparação será realizada por meio da indenização de danos existenciais.

Assim, o direito à desconexão, enquadrado como direito fundamental, deve ser assegurado a todos os trabalhadores submetidos ao regime do teletrabalho, de modo que, apenas assim estará assegurado o cumprimento dos preceitos existentes na CLT.

6 REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos fundamentais no Estado de direito democrático*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 217, jul./set. 1999.

ALMEIDA, Renato Rua de. Eficácia dos direitos fundamentais e seus impactos teóricos e práticos nas relações de trabalho à luz de questões trazidas pela Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017 sobre a reforma trabalhista. **Revista LTR – Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, v. 81, n. 08, agosto de 2017.

ALMEIDA NETO, AMARO ALVES DE. Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Privado**. Ano 6, n. 24 (out./dez. 2005). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O Teletrabalho e a Subordinação Estrutural: A nova Lei 12.551/2011. **Decisório Trabalhista**. Curitiba: Decisório Trabalhista, n. 218, set. 2012.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. O dano existencial e o direito do Trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n 3712, 30 ago. 2013. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/39828/2013_alvarenga_boucinnhas_filho_dano_existencial.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

ALVES, Amauri Cesar. Limite constitucional de jornada, dano existencial e Trabalho escravo. São Paulo: **Revista LTr**, ano 80, n. 09, setembro de 2016.

BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Teletrabalho (*Telework* ou Telecommuting): uma Nova Forma de Ver o Tempo e o Espaço nas Relações de Trabalho. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Magister, ano 10, n. 58, jan./fev 2014.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2009. 5. Ed. rev e ampl.

BARROS, Cassio Mesquita. Teletrabalho. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Granda da Silva. (Orgs.). **Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BARROSO, Luís Roberto (org.). A nova interpretação constitucional. Proteção, direitos fundamentais e relações privadas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BESSA, Leonardo Rodrigues Itacaramby. Meio ambiente de Trabalho enquanto direito fundamental, sua eficácia e meios de exigibilidade judicial. **Juris Plenum**

Trabalhista e Previdenciária: doutrina, jurisprudência, legislação. Ano VI, n. 29 (abr. 2010). Caxias do Sul, RS: Editora Plenum, 2010.

BISPO, Marcius Ricardo Azevedo. Direito à desconexão. **Direito judiciário e magistratura do trabalho: instituições clássicas e suas novas manifestações na sociedade contemporânea.** Recife: Nossa Livraria, 2015.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Teletrabalho: Interpretação da Lei 12.551 de Forma a Impedir a Superexploração do Trabalhador. **Revista Magister do Direito do Trabalho.** Porto Alegre: Magister, ano 9, n. 51, nov./dez 2012.

BRAMANTE, Ivani Contini. Teletrabalho: teledireção, telessubordinação e teledisposição. **LTr – Legislação do Trabalho.** São Paulo, v. 76, n. 4, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 de abril de 2018.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>.

CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2002.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 8. Ed. Ver. E Atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Princípios trabalhistas, novas profissões, globalização da economia e flexibilização das normas trabalhistas.** Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. JORGE NETO, Francisco Ferreira. O fenômeno do Teletrabalho: uma abordagem jurídico-trabalhista. **Revista Bonijuris.** Curitiba: Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, ano 24, n. 587, out. 2012.

COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana aplicados às relações privadas. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** São Paulo: ano 16, n. 62, jan/mar 2008.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. O Teletrabalho: Importância, Conceito e Implicações Jurídicas. *In:* MANNRICH, Nelson; FLORINDO, Valdir; FREDIANE, Yone; VOGEL, Gustavo. (Orgs.). **Novos temas e desafios no mundo do trabalho (ADT): anais da Academia Nacional de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2013.

DELGADO, Gabriela. **Direito fundamental ao trabalho digno.** São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 15 ed. São Paulo: LTr, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: LTr, 2017.

DUARTE, Juliana Bracks. TUPINAMBÁ, Carolina. Direito à intimidade do empregado x direito de propriedade e poder diretivo do empregador. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora RT, ano 28, n. 105, janeiro-março de 2002.

FACCHINI NETO, Eugênio. WESENDONCK, Tula. Danos existenciais: “precificando” lágrimas? **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória: n. 12, jul./dez. 2012.

FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho: Aproximações Epistemológicas. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**. Porto Alegre: Magister, ano 5, n. 26, abr./mai 2009.

FRAGA, Érica. *Email* e celular estendem jornada de trabalho para casa e até as férias: cansaço e estresse são consequências. **Folha de São Paulo**, segunda-feira, 28 de novembro de 2011, B10. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/11591-e-mail-e-celular-estendem-jornada-de-trabalho-para-casa-e-ate-as-ferias.shtml>>. Acesso em 07 de abril de 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. GEMIGNANI, Daniel. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de Trabalho. **Revista Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária: doutrina, jurisprudência, legislação**. Ano VI, n. 29 (abr. 2010). Caxias do Sul, RS: Editora Plenum, 2010.

GENEHR, Fabiana Pacheco Genehr. A normatização do teletrabalho no direito brasileiro – Uma alteração bem vinda. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, v. 72, n. 9, set. 2008.

KATIUSCA, Lilian. Considerações essenciais acerca do teletrabalho. JOTA, quinta-feira, 05 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reforma-trabalhista/consideracoes-essenciais-acerca-do-teletrabalho-05042018>>. Acesso em 07 de abril de 2018.

KROST, Oscar. **O Lado Averso da Reestruturação Produtiva – A Terceirização de Serviços por Facções**. Blumenau: Nova Letra, 2016.

LIMA FILHO, Francisco das C. O Reconhecimento Legal da Relação de Emprego do Teletrabalhador. **Revista Síntese Trabalhista Previdenciária**. São Paulo: Síntese, v. 23, n. 273, mar. 2012.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. A Reforma Trabalhista à Luz dos Direitos Fundamentais – Análise da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: ano XXIX, n. 338, agosto 2017.

MAFFRA, Márcia Vieira. Direito à desconexão no universo do trabalho. In: GUERRA, Giovani Antônio Diniz; VASCONCELOS, Ricardo Guerra; CHADI, Ricardo (Org.). *Direito do Trabalho*. Belo Horizonte: Fumarc, v. 2, 2015.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. Disponível em: http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_de_sconex%C3%A3o_do_trabalho.pdf. Acesso em 2 de abril de 2017.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Mecanismos jurídicos para preservar o direito ao descanso. **Trabalho e estranhamento: saúde e precarização do homem que trabalha**. Vizzaccaro Amaral, Daniel; Pestana Mota, Giovanni Alves. São Paulo: LTr, 2012.

MADALOZZO, Regina. Análise. Ficou mais difícil a hora do lazer e a hora do trabalho. **Folha de São Paulo**, segunda-feira, 28 de novembro de 2011, B10. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/11597-ficou-mais-dificil-determinar-a-hora-do-lazer-e-a-hora-do-trabalho.shtml>>. Acesso em 07 de abril de 2017.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS, Fernando Antônio Galvão. Um passeio pelo Taylorismo, Fordismo e Toyotismo. **Revista do Programa de Pós Graduação em Direito pela Universidade da Amazônia**. Belém: UNAMA, v.1, n.1, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS, Sérgio Pinto. Trabalho à distância. **Trabalho e Doutrina**. São Paulo: Saraiva, n. 24, 2000.

MENDONÇA, Francisco Hirllen de Oliveira. Proteção jurídica do teletrabalho. **Revista da ESMAT – Legislação do Trabalho**. João Pessoa: LTr, ano V, n. 5, dez. de 2012.

MOLINA, André Araújo. Dano existencial por jornada de trabalho excessiva. Critérios objetivos (horizontais e verticais) de configuração. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: v. 27, n. 318, dezembro 2015.

MOLINA, André Araújo. Dano existencial por violação dos direitos fundamentais ao lazer e à desconexão do trabalhador. **Revista LTr**, ano 81, n. 04, abril de 2017.

MOLINA, André Araújo. Dano existencial por Violação dos Direitos Fundamentais ao Lazer e à Desconexão do Trabalhador. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: v. 29, n. 342, Dezembro 2017, p. 90.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de direito do Trabalho**: história e teoria geral do direito do Trabalho: relações individuais e coletivas de Trabalho. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Christina D'Arc Damasceno. Direito a desconexão do trabalhador: repercussões no atual contexto trabalhista. *Revista Trabalhista: Direito e Processo*. São Paulo: LTr, ano 9, n. 33, jan./mar 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenio sobre Teletrajo**. *Revista de la OIT*. Espanha. N. 44, Out/2002. Disponível em <www.international.vlex.com/vid/convenio-teletrabajo-176950>. Acesso em: 21 de abril de 2016.

PEDREIRA, Pinho. O teletrabalho. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, v. 64, n. 5, mai. 2000.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. A Globalização e Concretização dos Direitos Trabalhistas Fundamentais. **Revista Jurídica da Amatra**. Vitória: Amatra, 17ª Região, ano 5, v. 5, n. 9, jul. 2008.

PINTO, José Augusto Rodrigues. A Globalização e as Relações de Capital/Trabalho. **Globalização e Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REALE, Miguel. A Globalização da Economia e o Direito do Trabalho. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, ano 61, n. 01, jan. 1997.

RESEDÁ, Salomão. O direito à desconexão – uma realidade no teletrabalho. **Revista LTr**, vol. 71, n. 07, julho de 2007.

ROMITA, Arion Sayão. Direitos fundamentais nas relações de Trabalho. 3. ed. rev. e aument. São Paulo: LTr, 2009.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A Nova Face do Direito do Trabalho e a Globalização. **Globalização e Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANFELICI, Patrícia de Mello. FLEISCHMANN, Rogério Uzun. Teletrabalho: liberdade ou escravidão? **Reforma Trabalhista na Visão de Procuradores do Trabalho**. 1. Ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2018.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). A nova interpretação constitucional. Proteção, direitos fundamentais e relações privadas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Silva, Homero Batista Mateus da. Comentários à Reforma Trabalhista: análise da Lei 13.467/2017 – artigo por artigo. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: 2017.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivado**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIMÓN, Sandra Lia. A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado. São Paulo: LTr, 2000.

SOARES FILHO, José. A Crise do Direito do Trabalho em face da Globalização. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, ano 66, n. 10, out. 2002.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Resumo de direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

WYZYKOWSKI, Adriana. **A concretização do direito fundamental ao lazer nas relações de emprego**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015.