



FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE - FANESE
CURSO DE DIREITO

PRYSLENE VIEIRA DOS SANTOS

**AS RELAÇÕES DE EMPREGO NO ÂMBITO DO TELETRABALHO E SEUS
REFLEXOS**

ARACAJU
2019

PRYSLENE VIEIRA DOS SANTOS

**AS RELAÇÕES DE EMPREGO NO ÂMBITO DO TELETRABALHO E SEUS
REFLEXOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Fanese como requisito
parcial e obrigatório para a obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Charles Robert Sobral Donald.

**ARACAJU
2019**

S237r

SANTOS, Pryslene Vieira dos

AS RELAÇÕES DE EMPREGO NO ÂMBITO DO
TELETRABALHO E SEUS REFLEXOS / Pryslene Vieira dos
Santos; Aracaju, 2019. 48p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador(a) : Prof. Esp. Charles Robert Sobral Donald.

1. Horas Extras 2. Relação de Emprego 3. Reforma Trabalhista 4.
Teletrabalho.

349.2: 331.31 (813.7)

Elaborada pela bibliotecária Lícia de Oliveira CRB-5/1255

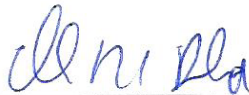
PRYSLENE VIEIRA DOS SANTOS

**AS RELAÇÕES DE EMPREGO NO AMBITO DO TELETRABALHO E SEUS
REFLEXOS**

Monografia apresentada à comissão julgadora como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe- FANESE.

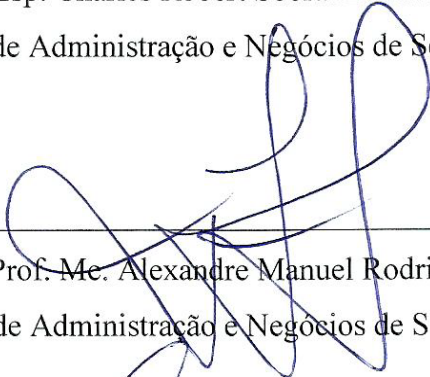
Aprovada em 03 / 11 / 19

BANCA EXAMINADORA

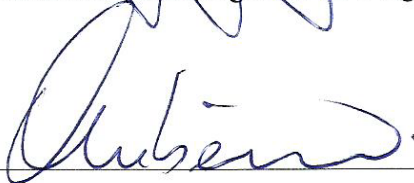


Orientador

Prof. Esp. Charles Robert Sobral Donald
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Avaliador nº 01: Prof. Me. Alexandre Manuel Rodrigues Pereira
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Avaliador nº 02: Prof. Me. Ulisses Pereira Ribeiro
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

AGRADECIMENTOS

TCC – Trabalho de Conclusão de Curso, enfim! Chegou a fase da elaboração, e por conseguinte, da conclusão deste trabalho, que culminou em várias noites acordadas, até que ficasse pronto!!

Quero agradecer a Deus! Por ter me sustentado até aqui, com saúde e força para vencer a cada dia, e não desistir. Agora me vem à lembrança! Que a promessa que Ele me fez está se cumprindo em minha vida, a Ele toda honra, toda glória e louvor. Gratidão!!!

Os meus pais, Genivaldo e Leni, por terem sido meus ajudadores nesta caminhada, que Deus recompense a vocês com ricas bênçãos do céu.

Os meus irmãos, Joseane, Wanderlan e Priscilla, pois, mesmo estando longe não deixaram de interceder à Deus pela minha vida e por meus estudos, muito obrigado de coração a vocês!

A meu namorado Carly que estamos juntos nessa luta desde o 4º período da faculdade, e agradeço por ter me ajudado na produção desse trabalho, e porque não dizer, foi meu coorientador, obrigada de coração!

Ao Dr. Luiz Manoel – Magistrado da 3ª Vara no TRT-20, grata a Deus pela sua vida, por não medir esforços para me ceder a maior parte da bibliografia que utilizei nesta monografia, Deus o abençoe!

Ao meu orientador, professor Charles Robert Sobral Donald, por ter me dado as diretrizes para que este trabalho fosse realizado, muito obrigada! E professor Vander Costa, por sua dedicação em dispor de conteúdos para a confecção desta monografia.

Ao meu amigo que ganhei durante a faculdade e que levarei para o resto da minha vida! Leone, muito obrigada por sua ajuda e compreensão durante as correrias na elaboração deste trabalho.

RESUMO

Este trabalho teve como objetivo principal analisar as relações de emprego no âmbito do teletrabalho e, partindo desse pressuposto, apresentar os reflexos desta prestação de serviço para empregado e empregador, conforme a Lei, a doutrina e a jurisprudência, antes e após essa modalidade ser recepcionada no Ordenamento Jurídico. Para isso, diante das alterações socioeconômicas e tecnológicas, foi analisada a Consolidação das Leis do Trabalho/1943 como base para se discutir a problemática da caracterização, em especial, da pessoalidade, da subordinação e jornada extraordinária nas relações de emprego na perspectiva do teletrabalho, com fulcro na Lei 13.467/2017 da reforma trabalhista, concluindo com a discussão jurisprudencial acerca da (in) constitucionalidade do tema no Brasil. Para compreender essa realidade, foi feita uma pesquisa de natureza qualitativa, através do método dedutivo de abordagem, cuja pesquisa tem uma metodologia pautada nos autores Mezzaroba; Monteiro (2006), Marconi; Lakatos (2007). Como instrumento de pesquisa, utilizou-se bibliografias, em que, de acordo com Marconi; Lakatos (2007), é o instrumento de pesquisa que abrange toda bibliografia já tornada pública em relação ao tema. Neste passo, o trabalho de pesquisa justifica-se para contribuir com o mundo jurídico e acadêmico, pois aborda um importante tema, que se reflete não só entre os sujeitos do contrato de trabalho, como também na sociedade e o meio ambiente, qual seja, o teletrabalho. E, sendo o empregado a parte mais fraca da relação de emprego, que necessita de um olhar diferenciado no sentido de resguardar seus direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, visto que, o tema está em crescimento no Brasil. Almeja-se contribuir para mudança de paradigmas, apresentando um debate quanto ao tema e possíveis respostas para a sociedade, para estudantes e pesquisadores que acreditam na pacificação dos direitos do trabalho por meio de uma reflexão mais humana.

Palavras-chave: Horas Extras. Relação de emprego. Reforma Trabalhista. Teletrabalho. Tecnologia.

ABSTRACT

The main objective of this paper was to analyze the employment relationships in the field of teleworking and, based on this assumption, to present the consequences of this service provision for employees and employers, according to the law, doctrine and jurisprudence, before and after this modality is received. in the legal system. For this, in view of the socioeconomic and technological changes, the Consolidation of Labor Laws / 1943 was analyzed as a basis to discuss the problem of characterization, in particular, of personality, subordination and extraordinary working hours in the perspective of telework, with a focus on the Labor Reform Law 13,467 / 2017, concluding with the jurisprudential discussion about the (un) constitutionality of the issue in Brazil. To understand this reality, a qualitative research was made through the deductive approach method, whose research has a methodology based on the authors Mezzaroba; Monteiro (2006), Marconi; Lakatos (2007). As a research instrument, we used bibliographies, in which, according to Marconi; Lakatos (2007), is the research instrument that covers all bibliography already made public in relation to the theme. In this step, the research work is justified to contribute to the legal and academic world, as it addresses an important theme, which is reflected not only among the subjects of the employment contract, but also in society and the environment, that is, the telecommuting. And, being the employee the weakest part of the employment relationship, which needs a differentiated look to safeguard their fundamental rights provided for in the Federal Constitution, since the theme is growing in Brazil. It aims to contribute to a change in paradigms, presenting a debate on the theme and possible answers for society, for students and researchers who believe in the pacification of labor rights through a more human reflection.

Keywords: Overtime. Employment Relationship. Labor reform. Telecommuting. Technology.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 TELETRABALHO.....	11
2.1 Evolução Histórica.....	11
2.2 Conceito	12
2.3 Modalidades de Teletrabalho	14
2.4 Natureza Jurídica do Teletrabalho	15
2.5 O Teletrabalho no Direito Comparado.....	16
3 A PROBLEMÁTICA DO TELETRABALHO NAS RELAÇÕES DE EMPREGO.....	20
3.1 Pessoaalidade.....	21
3.2 Subordinação.....	22
3.3 Jornada Extraordinária	25
3.4 Vantagens e Desvantagens do Teletrabalho	27
3.4.1 Para o Empregado	27
3.4.2 Para o Empregador.....	30
3.4.3 Para a Sociedade	31
4 ASPECTOS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS DO TELETRABALHO NO BRASIL.....	32
4.1 Implementação e Normatização do Teletrabalho no Brasil.....	32
4.2 Regulamentação do Teletrabalho na Reforma Trabalhista	34
4.3 (In) constitucionalidade do Teletrabalho.....	36
5 CONCLUSÃO.....	42
REFERÊNCIAS.....	45

1 INTRODUÇÃO

O trabalho em casa teve sua origem no início do século XVI, no período de transição entre Feudalismo e o Capitalismo. No cenário atual, é perceptível o envolvimento da sociedade com a tecnologia, principalmente no âmbito do teletrabalho, ferramenta indispensável à realização das atividades.

Teletrabalho ou trabalho remoto é uma modalidade de prestação de serviço que está em expansão e iniciou-se em meados do ano de 1857, em consequência do avanço tecnológico e a globalização da economia. Essa modalidade surgiu sem uma regulamentação específica. Visto que, esse tipo de trabalho já vinha sendo aplicado há muito tempo no Brasil e se implantou de uma forma praticamente irreversível, pois está intimamente ligada à evolução tecnológica.

Ante a divergência entre a legislação do tema e a Constituição Federal de 1988, constata-se uma problemática no tocante às relações de emprego na seara do *Homme Office*, referente à pessoalidade, subordinação, jornada extraordinária e sua (in) constitucionalidade, que merece atenção especial.

Sendo assim, o objeto desta pesquisa está no enfoque das vantagens e desvantagens do teletrabalho e sua (in) constitucionalidade, no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando que a legislação deve vir em concordância com os princípios constitucionais e trabalhistas.

Neste contexto, surge uma indagação: Quais os reflexos do teletrabalho nas relações de emprego?

Para esclarecer a referida indagação, elaborou-se questões norteadoras: I) Em que consiste o teletrabalho? II) Quais são suas modalidades e sua natureza jurídica? III) O que podemos extrair do direito comparado? IV) O teletrabalho pode ser uma forma de trabalho subordinado? V) Há compatibilidade de normas vigentes em nosso país para com o teletrabalho? VI) Quais são suas vantagens e desvantagens?

Sendo assim, o objetivo geral da presente pesquisa é analisar a aplicação do teletrabalho de acordo com a doutrina, suas legislações pertinentes e seus reflexos para a proteção das partes do contrato de trabalho. Parte-se para os seguintes objetivos específicos: I) conceituar a modalidade de teletrabalho de acordo com a doutrina e a legislação; II) analisar

os reflexos do teletrabalho nas relações de emprego; III) apresentar o cenário jurídico atual no tocante ao teletrabalho.

Neste trabalho será utilizada a pesquisa qualitativa, que segundo Mezzaroba; Monteiro (2006), é aquela em que o pesquisador não mede dados, mas sim, através deles, apresenta a identificação da natureza dos objetos pesquisados, ou seja, as informações são obtidas de uma forma geral, privilegiando contextos. Quanto ao método de abordagem, Marconi e Lakatos (2007) destacam que, não existe ciência sem o emprego de métodos científicos, apresentando tais métodos como indutivo, dedutivo, hipotético-dedutivo e o dialético. O método de abordagem utilizado na presente pesquisa foi o dedutivo. De acordo com Mezzaroba; Monteiro (2006), o método dedutivo é aquele em que parte de argumentos gerais para argumentos específicos, através da lógica das premissas estabelecidas, não ultrapassando o conteúdo enunciado nas premissas.

Pretende-se demonstrar que, na presente pesquisa, o teletrabalho é uma modalidade de prestação de serviço que está em crescimento, devido à sua praticidade e por estar paralela à evolução tecnológica.

Para atingir os objetivos propostos, a pesquisa foi dividida em três capítulos, além da introdução e conclusão.

O segundo capítulo, evidencia-se a evolução histórica do teletrabalho, bem como seus conceitos, modalidades e natureza jurídica, na doutrina e legislação. E, como o instituto se posiciona no direito comparado.

O terceiro capítulo versa sobre a problemática do *Homme Office* nas relações de emprego e seus reflexos. Inicialmente, há um debate sobre dois requisitos essenciais na relação de emprego qual sejam; a subordinação e a pessoalidade, não esquecendo de um dos pontos mais críticos do exercício do teletrabalho: a jornada extraordinária. E, no último tópico, foram apontadas as vantagens e desvantagens do teletrabalho para o empregado, empregador e sociedade.

O quarto capítulo aborda inicialmente a normatização do teletrabalho no Brasil, em seguida a sua regulamentação na reforma trabalhista e, no último tópico, uma breve análise sobre as jurisprudências do TRT e TST, bem como sobre a constitucionalidade dessa modalidade de prestação de serviços.

Essa pesquisa justifica-se em virtude da contribuição para o mundo jurídico, acadêmico, e para as empresas, pois aborda um importante tema: os reflexos do teletrabalho, nas relações de emprego, identificando as vantagens e desvantagens e sua regulamentação

jurídica para garantir os direitos trabalhistas inerentes aos teletrabalhadores. Almeja-se contribuir, de certa forma, para a mudança de paradigmas apresentando respostas significativas à sociedade e para estudantes e pesquisadores que acreditam na justiça e no direito.

2 TELETRABALHO

2.1 Evolução Histórica

Para compreender como surgiu o teletrabalho, Estrada (2004) explica como o trabalho em si evoluiu ao longo do tempo, principalmente, no tocante a sua estrutura. Iniciando com o trabalho artesanal, em que, trabalho e família coincidiam, pois, o chefe da família era também o da empresa, porém, existiam muitas oficinas separadas umas das outras, sem nenhuma interação, mas que funcionavam praticamente como microempresas, por essa razão, trabalho e família andavam juntos.

Neste contexto, Estrada (2004) destaca que, nessa época, por existir muitas microempresas de natureza artesanal, passaram-nas a ser absorvidas por pessoas com muito dinheiro, surgindo às primeiras fábricas, e o trabalho artesanal começa a perder forças para pequenas indústrias.

Segundo Barbosa (2006), a Revolução Industrial provocou mudanças no ritmo de vida do Século XVIII, porém, de forma gradativa, que servem atualmente de base para o teletrabalho, pois, provou que era possível a efetivação do trabalho ser realizada sem a presença do operário, que antes era indispensável, passando a ser dispensável em determinadas atividades.

Dito disso, (GIDDENS, 1991, p. 69 *apud* BARBOSA, 2006, s/p) explicam que, globalização é a “intensificação das relações mundiais que ligam localidades distantes, de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorridos a muitas milhas de distância e vice-versa”. Neste cenário, a sociedade já sentia os efeitos da globalização, uma das principais responsáveis pela migração da tecnologia para os países desenvolvidos, passando a ser implantada nos países subdesenvolvidos.

Em meados de 1857, nos Estados Unidos, acontece um dos primeiros registros de ocorrências de teletrabalho por J. Edgar Thompson, proprietário de uma linha de ferro que descobriu que poderia se utilizar do sistema privado de telégrafo da empresa dele para controlar as unidades remotas na estrada de ferro Penn Railroad através do telégrafo elétrico, controlando os recursos e mão de obra que se encontravam distantes Darcanchy (2006).

Em contrapartida, Nunes (2018) destaca que, já era possível observar o trabalho exercido à distância com a chegada do telégrafo ótico e não do telégrafo elétrico, notando-se no primeiro modelo o fator à distância, interligando-se pela estrutura telegráfica operante, os gerentes, inspetores e estacionários, gerando vida ao teletrabalho.

Para Manãs (2006), a implementação de novas tecnologias e a expansão do setor de serviços, fez surgir novas formas de trabalho, e a redução de custos de produção, percebendo que, através da tecnologia muitas atividades poderiam ser realizadas na casa do empregado, não sendo mais obrigatório o comparecimento diário do funcionário à empresa.

Essa nova forma da atividade de trabalho estabelece uma flexibilidade no ambiente laboral, pois o trabalho deixa de ser prestado apenas nos espaços físicos das empresas, passando a ser realizado de inúmeras formas, à distância, ou seja, por meio da tecnologia de informação e comunicação (Sako, 2014).

Com essa praticidade, o trabalho à distância veio como um caminho sem volta, pois esse novo modo de atividade está implantado na pós-modernidade do trabalho, guiado pela velocidade da tecnologia (DALLEGRAVE, 2014). “Importa esclarecer que, a expressão telemática nasce da combinação telecomunicação com a informática, exemplos: *a internet, a intranet, a webcam o celular, o skype, o whatsapp, o viver, a teleconferência, o MSN*, entre outros” (DALLEGRAVE, 2014, p. 8).

De acordo com Darcanchy (2006), o teletrabalho nasce com o propósito de mudar a realidade da atividade do trabalho de forma marcante, acompanhando a evolução tecnológica. Essa modalidade de se trabalhar ainda não possui uma definição padrão do que venha a ser exatamente o teletrabalho, pois, na doutrina vigente, ainda existem pontos divergentes acerca das vantagens e desvantagens dessa forma de prestação de serviço, por exemplo: a utilização de tecnologias de informação e comunicação, subordinação e etc.

Passa-se a explicar no capítulo seguinte, alguns conceitos que foram atribuídos ao instituto do teletrabalho.

2.2 Conceito

São variados os conceitos de teletrabalho atribuídos pela doutrina brasileira, ou seja, o processo de definição ainda está em formação, não havendo um conteúdo padrão para que haja a definição precisa.

A palavra teletrabalho é etimologicamente de origem grega, a qual *tele* significa à distância. O teletrabalho é uma espécie do gênero trabalho à distância (BARROS; ALENCAR 2017).

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) define o teletrabalho como: “a forma de trabalho realizada em lugar distante do escritório e/ou centro de produção, que permite a separação física e que implique o uso de uma nova tecnologia, facilitando a comunicação” (OIT, 1919).

O Código do Trabalho de Portugal - 2009 no art. 165º dispõe que teletrabalho “é a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso da tecnologia de informação e de comunicação” (CTP, 2009).

Com a reforma trabalhista de 2017, o art. 75-B da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), passou a adotar o conceito de teletrabalho em consonância com Código do Trabalho de Portugal, que assim expressa: “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” (BRASIL, 1943).

Entende-se dos conceitos apresentados que há dois elementos cruciais para que haja a caracterização do teletrabalho, as atividades realizadas fora do ambiente da Empresa, sejam, de forma parcial ou total, e, realizada necessariamente por meios telemáticos.

Na visão de Garcia, (2019) é

uma modalidade de trabalho à distância, típica dos tempos modernos, em que o avanço da tecnologia permite o labor preponderantemente fora do estabelecimento do empregador (normalmente na própria residência do empregado), embora mantendo o contato com este por meio de recursos eletrônicos e de informática, principalmente, o computador e a *internet* (GARCIA, 2019 p. 233).

No entendimento de Estrada (2017), define-se como,

aquele realizado COM ou SEM subordinação através do uso de antigas e novas formas de telecomunicações em virtude de uma relação de trabalho, permitindo sua execução à distância, prescindindo da presença física do trabalhador em lugar específico de trabalho, ou seja, podendo ser executada tanto na internet bidirecional, tridimensional conforme o seu uso como na internet superficial, profunda ou escura segundo a sua realidade (ESTRADA, 2017, p. 17).

Percebe-se que a doutrina tem adotado o conceito de teletrabalho devido à forma e à velocidade como o instituto vem se desenvolvendo dentro das organizações, porém, ainda necessitam de um amplo debate doutrinário para se compreender tal atividade na essência do mesmo.

2.3 Modalidades de Teletrabalho

As modalidades de teletrabalho, de acordo com Gomes e Tupinambá (2018), podem ser agrupadas por várias classificações, a saber

teletrabalho em domicílio: corresponde ao trabalho tradicional realizado em domicílio do empregado ou em outro local por ele escolhido; teletrabalho em telecentros- (centro de satélite ou centro local de telesserviço) é uma forma de organização das atividades em um espaço devidamente preparado para o desempenho do trabalho, que podem ou não pertencer à empresa; teletrabalho nômade- (também conhecido como móvel), o teletrabalhador não tem local fixo para a prestação de serviços, o que pode ser verificar, e. g., com o trabalhador externo. Tem se ainda, o teletrabalho transnacional, o qual é realizado em partes, por trabalhadores situados em países distintos, com trocas de informações e elaboração de projetos em conjunto (TUPINAMBÁ; GOMES, 2018, p. 319).

Barbosa (2006) cita quatro modalidades de teletrabalho, a primeira é o teletrabalho realizado em domicílio, que é semelhante ao trabalho artesanal realizado em casa, diferencia-se porque a ferramenta principal da atividade é a utilização de um computador pessoal, que pode estar conectado a outro, flexibilizando o horário, permitindo uma melhor gestão de trabalho e lazer entre a família.

A segunda modalidade, de acordo com Barbosa (2006), é o teletrabalho em telecentros. São várias Organizações ou vários Profissionais que compartilham o mesmo lugar para trabalhar, dotados de comunicações e instrumentos adequados para realização desse tipo de trabalho. Tais centros foram criados na Suécia, com a junção do trabalho tradicional realizado nas empresas e do trabalho nos domicílios, como por exemplo: no telecentro cobra-se um preço estabelecido para os clientes utilizarem computadores e ligações telemáticas em função do tempo de utilização.

A terceira modalidade conceituada por Barbosa (2006) refere-se ao Trabalho em centro satélite, qual seja uma modalidade que se caracteriza por ser uma unidade separada e conectada eletronicamente, podendo ser realizada de forma independente, diferenciando-se de os centros comunitários por seus trabalhadores serem apenas de uma mesma empresa.

Ainda de acordo com Barbosa (2006), a quarta e última modalidade de teletrabalho é o teletrabalho móvel ou itinerante, onde o funcionário tem mobilidade permanente, possuindo um equipamento adequado para este tipo de serviço, podendo ser realizado até mesmo em um lugar improvisado como automóvel, trem, desde que se torne em um lugar de trabalho. O resultado do surgimento dessa modalidade de serviço é a intensificação do uso das tecnologias como o uso de telefones celulares e computadores portáteis, transformando de um modo radical o processo do trabalho.

Nunes (2018) chama a atenção para algumas modalidades de teletrabalho que estão em expansão, a primeira: *Telecottages*, é aquela que “incide na zona rural ou regiões de baixa escolaridade e trabalho precário. É em razão de sua localização que este se diferencia dos telecentros” (NUNES, 2018, p. 63). Já a modalidade do teletrabalho por meio de plataformas e aplicativos, é aquela que, “além de ser realizado por meio da internet, poderá ser operacionalizada com o auxílio das plataformas digitais e aplicativos, em contínua expansão na era da economia de compartilhamento ou *gig economy*¹” (NUNES, 2018, p. 65).

Nesta perspectiva, Martins (2019) traz mais uma modalidade dessa prestação de serviço, no caso, os estudantes podem fazer teletrabalho em casa, para conciliar a prestação de serviços com seus horários escolares; os deficientes físicos também poderão melhor utilizar esse modo de atividade, pois não precisarão fazer deslocamentos de uma localidade para outra.

É importante destacar que, “não será teletrabalho o enviado ao empregado por meios de comunicação comuns, como telefone, correio” (MARTINS, 2019, p. 246), visto que, o requisito para que se caracterize o teletrabalho, consiste em tecnologia informatizada, inclusive redes sociais.

2.4 Natureza Jurídica do Teletrabalho

Pode-se considerar que, boa parte da doutrina brasileira é harmônica com relação à definição da natureza jurídica do teletrabalho. Nesse contexto, “Predomina a corrente Doutrinária que entende que o teletrabalho tem natureza jurídica contratual. Nesse caso,

¹ *Gigeconmy* – Mercado de profissionais sem vínculo empregatício com empresas que desejam mão de obra temporária e especializada para serviços esporádicos. Exemplos: freelance e nômades digitais. <https://blog.hotmart.com/pt-br/o-que-e-gig-economy/>

devendo estar diretamente ligada ao objeto do contrato, podendo ser civil, comercial ou trabalhista” (BARBOSA, 2006, p. 618).

Ensina Cavalcante e Neto (2017) que a natureza jurídica da relação de emprego no teletrabalho depende do complexo fático que envolva as partes em uma situação de *Homme Office*, tendo por base o princípio da primazia da realidade, ou seja, o ‘teletrabalho’ é mais uma forma de organização da atividade do empresário, do que, necessariamente, um novo tipo de profissão, só que com uma autorregulamentação.

Alguns Doutrinadores entendem que existe vínculo empregatício no teletrabalho, e outros entendem que é uma atividade autônoma, porém tudo depende de como a atividade é desenvolvida. Se o empregador tem o controle da atividade prestada pelo trabalhador, tem-se o trabalho subordinado, logo, relação de emprego; se é realizado com autonomia, será autônomo (BARBOSA 2006). No entanto, existe a possibilidade de que o teletrabalho pode ser um instrumento utilizado pelas empresas com a intenção de fraudar os direitos inerentes dos trabalhadores, simulando contratos autônomos e sonegação fiscal (MANÃS 2006).

De acordo com a doutrina, pode-se concluir que o teletrabalho tem natureza contratual mista, vinculada ao conteúdo obrigacional da prestação.

2.5 O Teletrabalho no Direito Comparado

É notável que a prática do teletrabalho não só já é aplicada no Brasil e está em constante crescimento em vários países. Este tópico será abordado de acordo com a doutrina brasileira e portuguesa, não se esquecendo de trazer as diretrizes de como este instituto é regulamentado nas convenções e recomendações internacionais.

Para Manãs (2006), o teletrabalho é uma ferramenta que ultimamente tem sido alvo de discussões no Direito do Trabalho, devido à sua forma de ser aplicada, sendo discutido com mais profundidade nos países desenvolvidos e pouco discutido nos países em desenvolvimento, inclusive no Brasil. E, por ser utilizado em larga escala nos países desenvolvidos, são esses, regulados por ordenamento jurídico, se faz necessário estudar a experiência e evolução legislativa de Portugal e Brasil Seixas (2017).

Segundo Massi (2017), a OIT não possui uma norma específica inerente ao teletrabalho, mas permite a aplicação das normas concernentes ao trabalho em domicílio na

falta de regramento próprio sobre a atividade por haver semelhanças, principalmente pelo fato de ser prestado em domicílio.

Em contrapartida, apesar de ainda não existir uma lei específica, foram realizadas nessa mesma linha, algumas Convenções, porém ainda não ratificadas pelo Brasil, mas destacando-se a Convenção de nº 177 da OIT, que tem o objetivo de cuidar apenas dos aspectos básicos do tema, trazendo em seu art. 3º as diretrizes para adoção de uma política nacional sobre o trabalho em domicílio, visando melhorar a situação dos trabalhadores. Em seu art. 4º, a OIT, traz a igualdade de tratamento, proteção a discriminação no emprego e remuneração, ou seja, abrange basicamente os direitos sociais previstos na CF/88. Ademais, o art. 7º estabelece que normas nacionais sobre segurança, devem ser aplicadas ao trabalho em domicílio. A Convenção ainda prevê em seu art. 9º um sistema de inspeção para assegurar o cumprimento das leis e regulamentos, assim corrobora (MASSI 2017).

Cabe salientar que a CLT permite a aplicação subsidiária do Direito comparado em seu art. 8º, que diz:

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 (BRASIL, 1943).

Neste sentir, consoante esse dispositivo, Melo (2013) destaca um exemplo no direito comparado, elencado no parágrafo 2º do art. 75-C da CLT, que no caso, é aplicado de acordo com o direito Português: “Assim, apenas se o teletrabalhador entrar em acordo com o empregador é que poderá retornar ao ambiente empresarial, garantindo o prazo de transição mínimo de 15 dias” (CTP, 2009). Determinação contida no art. 166, item VI, do CTP, aplicável como direito comparado por força do art. 8º da CLT.

Como exemplo, o Código do Trabalho de Portugal, em consonância com o art. 6º, § único da CLT traz em seu art. 169º, I, que,

o trabalhador em regime de teletrabalho tem os mesmos direitos e deveres dos demais trabalhadores, nomeadamente no que se refere a formação e promoção ou carreira profissionais, limites do período normal de trabalho e outras condições de trabalho, segurança e saúde no trabalho e reparação de danos emergentes de acidente de trabalho ou doença profissional (GARCIA, 2016, s/p).

De acordo com Massi (2017), vale a pena trazer as especificidades da recomendação de número 184 da OIT. Na visão dele, “esta é a mais minuciosa, no tratar, as diretrizes a serem seguidas pelos estados-membros para a consecução dos objetivos traçados pelo referido órgão internacional” (MASSI, 2017, p. 95).

Ainda nesse entendimento, Massi (2017) explica que, mais precisamente, no âmbito da União Europeia foi celebrado o Acordo-Marco-Europeu sobre teletrabalho no ano de 2002 em Bruxelas. O referido acordo estabeleceu sete domínios que devem ser levados em conta: “proteção de dados; vida privada; equipamentos; saúde e segurança; organização do trabalho; acesso à formação, à oportunidade de progressão na carreira e direitos coletivos” (MASSI, 2017, p. 91).

O relatório do Acordo-Europeu constatou que a residência é o local de trabalho para a maioria dos teletrabalhadores. Revelou que o este tipo de atividade está em crescimento na maioria dos países do Acordo; aqueles que são mais qualificados são mais propensos a utilizar o teletrabalho, também se verificou que o perfil da maioria dos trabalhadores é do sexo masculino, que se explica pelos setores da economia e que se utilizam da praticidade desta forma de prestação de serviço Massi (2017).

A evolução legislativa portuguesa se deu com a regulamentação do Código do Trabalho de Portugal de 2003, sendo pioneira em normatização no âmbito internacional sobre teletrabalho, no qual compatibilizou a flexibilidade com a proteção, no tocante ao teletrabalho. Ainda se estabeleceu garantias para as peculiaridades desta nova forma de prestação de serviço. Rodrigues destacou as principais orientações estabelecidas no código de Portugal:

(a) abertura à introdução de novas formas de trabalho, mais adequadas às necessidades dos trabalhadores e das empresas; (b) promoção da adaptabilidade e flexibilidade da disciplina laboral nomeadamente quanto à organização do tempo, espaço e funções laborais, de modo a aumentar a competitividade; (c) integração de lacunas (RODRIGUES, 2011, p. 111).

Com base nesta exposição de motivos, no Código do Trabalho de Portugal foi aprovada uma revisão através da Lei nº 7/2009, [...] essas alterações trazidas na revisão em 2009 não trazem profundas alterações nas diretrizes traçadas pelo código 2003, mas que, porém, merece uma reflexão sobre suas consequências (RODRIGUES 2011).

Com efeito, o Brasil, por carecer de legislação específica sobre teletrabalho, adotou algumas diretrizes do Código do Trabalho Português, inclusive a possibilidade de alteração entre os regimes contratuais ‘presencial’ e à distância (2017). Além “disso, inovou ao criar um período de transição mínimo de 15 dias, do teletrabalho para o regime presencial” (SILVA, 2017, p. 53).

Contudo, “mesmo após a Lei 13.467/2017, a regulação do teletrabalho no Brasil continuará a ser rudimentar, sem os avanços perceptíveis no direito comparado” (CARVALHO, 2019, p. 158). Regulamentação esta que deixa lacunas quanto a efetivação dos direitos inerentes aos teletrabalhadores ao não se utilizar da fonte subsidiária portuguesa.

3 A PROBLEMÁTICA DO TELETRABALHO NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Para contextualizar, é relevante trazer a distinção entre Relação de Trabalho *versus* Relação de Emprego “A Ciência do Direito, enxerga a clara diferença entre relação de trabalho e de emprego” (DELGADO, 2017, p. 310). Sendo a primeira de caráter genérico, caracterizada por uma obrigação de fazer inerente ao labor humano, ou seja, essa expressão significa o gênero a que retoma todas as outras formas de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual. A segunda é apenas uma das espécies de relação de trabalho juridicamente configuradas, que na visão dele é inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigorantes (DELGADO 2017).

Ainda de acordo com Delgado (2017), os elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: Prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; também efetuada com não eventualidade; efetuada ainda sob subordinação ao tomador de serviços; prestação de trabalho efetuada com onerosidade.

No entendimento de Martinez (2017), a relação de emprego é caracterizada pela cumulação dos seguintes elementos, “pessoalidade, onerosidade, não assunção (pelo prestador) dos riscos da atividade do tomador de serviços, duração contínua ou não eventual e Subordinação” (MARTINEZ, p. 172).

A relação de emprego é definida na CLT nos artigos 2º e 3º,

Art. 2º-Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. § 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. Art. 3º - Considera-se empregado, toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único-Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual (BRASIL, 1943).

Diante do que breve foi exposto, nota-se que, a situação do teletrabalhador pouco é amparada pelo ordenamento jurídico para a proteção do empregado, principalmente no tocante a pessoalidade e a subordinação, como será visto à frente.

3.1 Pessoalidade

Segundo Martins (2019), o contrato de trabalho é *intuitu personae*, ou seja, é realizado por certa e determinada pessoa sendo assim, infungível, não sendo possível sua substituição por outra pessoa. Se houver a substituição, pode o vínculo formar-se com a pessoa que o substituiu.

Ainda no entendimento de Martins (2019), excepcionalmente, pode ocorrer contrato de prestação de serviços com pessoa jurídica nos casos de empreitada etc. O teletrabalhador segundo ele deverá ser uma pessoa que tem certa qualificação ou escolaridade, pois precisará ter conhecimentos de certas tecnologias para usar os equipamentos tecnológicos como computador, acessar a internet, uso de aparelhos celulares, etc.

No tocante a atividade exercida no âmbito do teletrabalho, Nunes (2018) explica que a pessoalidade é observada com menor rigor pela doutrina, entendendo que o Empregador faz uma aceitação tácita, em que, a prestação de serviços pode ser em parte executada por familiares. Com isso, a doutrina sustenta que o auxílio de terceiros ou familiares na execução do teletrabalho não desconfigura o vínculo empregatício, ou seja, permanece o vínculo, mesmo não sendo realizado de modo pessoal.

Em contrapartida, Cassar (2012) ressalta que, se a ajuda de familiares for em excesso, ficará descaracterizada a pessoalidade, entretanto, “apresenta opinião peculiar, no sentido de que na sua ótica, não há atenuação da pessoalidade, e sim da subordinação, considerando-se que o local da prestação de serviços prejudica o poder de fiscalização do empregador” (CASSAR, 2012, p. 245).

É importante destacar que, dependendo da hipótese, o requisito da pessoalidade, na relação de emprego e no âmbito do teletrabalho pode ser de difícil apuração, pois, o empregador não terá como verificar quem realmente presta os serviços, se é o funcionário ou, outra pessoa, como seu filho ou sua esposa, posto que, não há um controle pessoal do trabalho, e o serviço também não é realizado dentro da empresa. (MARTINS 2019).

Nessa ótica, conclui-se que a doutrina e a jurisprudência permitem a substituição não frequente de ente familiar ou de outro funcionário que também exerça o teletrabalho, para executar as tarefas designadas, ressaltando que, se ultrapassar o limite da razoabilidade extingue-se o vínculo empregatício, tornando uma espécie de teletrabalho autônomo.

Esse é um dos pontos que causam controvérsias, em relação à garantia dos direitos dos trabalhadores, por isso exige-se um debate que gere precedentes no tocante à intervenção de terceiros na prestação de serviços mediante ao teletrabalho. Visto isso, o art. 3º da CLT, estabelece como um dos requisitos da relação de emprego: a pessoalidade. Mas, não fala ou reprime sobre a relativização desta forma de atividade. No entanto, o Direito em si não é absoluto e baseia-se no princípio da razoabilidade que, se seguido em conjunto com o princípio da norma mais favorável ao empregado e da proteção a empresa, evita a perda desses direitos.

3.2 Subordinação

A origem da “palavra ‘subordinar’ significa (sub + ordinare), ordenar, comandar, dirigir a partir de um ponto superior àquele onde se encontra outro sujeito” (MARTINEZ, 2017, p. 175). Então, se há a presença dos quatro elementos que definem a relação de emprego: subordinação, pessoalidade, onerosidade e não-eventualidade, há caracterização do teletrabalho, conforme o parágrafo único do art. 6º da CLT Carvalho (2019).

De acordo com Delgado (2017), o conceito de subordinação jurídica seria o polo antitético combinado com o poder de direção, que existe na relação de emprego, no qual, o empregado compromete-se a aceitar o poder de direção no modo de realização da prestação de seu serviço. Neste sentido, já foi pacificada a natureza da subordinação na teoria justrabalhista, sendo considerado um fenômeno jurídico e proveniente do contrato estabelecido entre o trabalhador e o tomador de serviços, destacando que, a natureza que decorre do contrato de trabalho é de caráter jurídico.

Através da palavra dependência em seu art. 3º, a CLT (1943) traz o instituto da subordinação, que define empregado como “toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário” (BRASIL, 1943). Nesse caso, o termo dependência corresponde a subordinação jurídica (ALVARENGA 2017). Além disso, o Parágrafo único do art. 6º da CLT assim expressa: “Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio” (BRASIL, 1943).

A subordinação, de fato, marcou a diferença nas relações de emprego, perante as modalidades de produção ao longo da história, como: a servidão e a escravidão. Delgado

(2017) esclarece que não será diferente a subordinação ser o elemento principal na contratação de prestação de trabalho no mundo atual e contemporâneo.

Para Carvalho (2019), no âmbito do teletrabalho faz-se necessário examinar a subordinação frente a um caso concreto, ou seja, se o trabalhador está sujeito ao poder de comando, e avalia-se também a atividade do trabalho, se está incluída na estrutura da organização de que o empregador se utiliza para administrá-la.

Segundo Neto e Cavalcante (2018), a subordinação é primordial na caracterização da relação de emprego como diferença entre o trabalhador autônomo e o subordinado, e por ser primordial. Para Alvarenga (2014), ela está presente em todos os contratos de trabalho, apenas variando de intensidade de acordo com a atividade que é realizada pelo empregado. Sendo a subordinação o elemento mais importante da relação de emprego, existem algumas espécies que merecem considerações, como será visto adiante.

Mas, inicialmente, para melhor compreensão deste requisito da relação de emprego, Maurício Godinho Delgado, Ministro do TST precursor desta teoria nos apresenta as três dimensões da subordinação, em uma de suas decisões que, segundo ele, estando presente qualquer uma dessas três dimensões, restará caracterizada a relação empregatícia, vejamos:

EMENTA: SUBORDINAÇÃO JURÍDICA – DIMENSÕES PERTINENTES (CLÁSSICA, OBJETIVA E ESTRUTURAL) – A subordinação jurídica, elemento cardeal da relação de emprego, pode se manifestar em qualquer das seguintes dimensões: a clássica, por meio da intensidade de ordens do tomador de serviços sobre a pessoa física que os presta; a objetiva, pela correspondência dos serviços deste aos objetivos perseguidos pelo tomador (harmonização do trabalho do obreiro aos fins do empreendimento); a estrutural, mediante a integração do trabalhador à dinâmica organizativa e operacional do tomador de serviços, incorporando e se submetendo à sua cultura corporativa dominante. Atendida qualquer dessas dimensões da subordinação, configura-se este elemento individuado pela ordem jurídica trabalhista (artigo 3º, caput, CLT). (MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho. RO 00173.2007.073.03.00.6. Relator: Juiz Maurício Godinho Delgado, 6ª Turma, DEJT, 12 abr).

Como visto, o teletrabalho nasceu em decorrência dos avanços tecnológicos e suas mudanças nos processos produtivos das empresas, neste ponto, Alvarenga (2014) traz um exemplo com este tema, o qual permite uma liberdade na realização da prestação de serviços, advindo da relativização da subordinação jurídica, acendendo a necessidade de ampliação do conceito jurídico de subordinação.

Neste sentido, Delgado (2017) explica outra forma de subordinação, a chamada subordinação estrutural que, para ele, não importa se o trabalhador se harmonize ou não aos objetivos da empresa, nem se recebe ordens diretas de chefias desta, o importante é estar integrado no processo produtivo da Empresa.

Alvarenga explica que a teoria da subordinação estrutural é responsável em trazer para o Direito do Trabalho trabalhadores, que se encontram inseridos nas novas formas de organização do trabalho, e, por consecutivo, afastados do conceito tradicional e objetivo de subordinação jurídica, no caso em epígrafe, o teletrabalho.

Nesse toar, entende-se que não há mais necessidade de ordem direta do empregador para que seja reconhecida a subordinação. “Basta que o trabalho esteja inserido na atividade produtiva do tomador de serviços por meio da concepção estruturada da subordinação para que seja considerado empregado” (ALVARENGA, s/p 2014).

Surgindo novas formas de trabalho mais flexíveis, ao mesmo tempo surgem alternativas à clássica relação de emprego, as quais, nem sempre se enquadram totalmente no conceito de um trabalho subordinado, mas, que também não podem ser consideradas como trabalho autônomo. Diante disso, “a doutrina Italiana criou uma figura intermediária denominada parassubordinação e que foi introduzida no ordenamento jurídico desse país pela Lei Biaggi Nascimento (2015).

No Brasil, a parassubordinação ainda não é admitida pela jurisprudência trabalhista, “ela não se confunde nem com a autonomia nem com a subordinação e pauta-se pela colaboração e coordenação, ou melhor, pela colaboração coordenada”. Nascimento traz um exemplo de parassubordinação:

representantes comerciais que possuem liberdade quanto ao horário de trabalho e visita aos clientes, mas, ao mesmo tempo, respeitam regras impostas pela empresa representada, seguem suas diretrizes, utilizam-se da estrutura empresarial do tomador e prestam os serviços de maneira continuada e com pessoalidade. Assim, a autonomia do trabalhador é mesclada com certo controle exercido pelo tomador do serviço. (NASCIMENTO, 2015, s/p.)

Neste sentido, a parassubordinação traz mais um exemplo da relativização da subordinação jurídica, não excluindo a possibilidade dessa categoria se utilizar do teletrabalho, para a realização de suas atividades.

Partindo do que foi exposto, percebe-se que existe uma discussão doutrinária acerca da forma de execução da subordinação no teletrabalho. No entanto, se o mesmo for aplicado de acordo com os requisitos legais não deixa de ser uma relação de emprego, visto que, contém os elementos essenciais para a sua caracterização, visando garantir os direitos trabalhistas inerentes aos empregados dessa modalidade, mesmo sendo por meios telemáticos, o que é plenamente possível, tema este que será discutido posteriormente.

3.3 Jornada Extraordinária

A palavra jornada em sua etimologia vem do francês *jour* e do italiano *giorno* que significam dia, entretanto, Delgado (2010), explicando melhor o tema, apresenta três conceitos acerca da jornada no Direito do Trabalho brasileiro, em que, apresenta-se a diferença entre duração do trabalho, jornada do trabalho e horário de trabalho:

Duração de trabalho: é o tempo em que o empregado coloca a sua mão de obra à disposição do empregador, prestando serviço efetivamente ou não. Podendo ser medido por dia, semana, mês ou ano. É o gênero do qual são espécies, jornada e horário de trabalho. Jornada de Trabalho: a jornada compõe o tempo diário em que o empregado põe à disposição do seu empregador, prestando serviços ou aguardando as suas ordens. Horário de Trabalho: é o registro cronológico do início e final da jornada. Compõe-se do horário efetivo de entrada e saída, segundo registros momentâneos. (DELGADO, 2010 p. 786-787).

Desde a época da Revolução Industrial, o trabalhador costuma por várias vezes prolongar sua jornada de trabalho, ficando sujeito ao regime de horas extras, tornando-se algo natural, além disso exaurirem o período legal ou contratual de sua jornada, porém, sendo compensado com o pagamento respectivo (NUNES 2018).

As regras da jornada de trabalho estão elencadas no art. 7º, inciso XIII da Constituição Federal de 1988, “Duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, facultadas a compensação de horários e a redução de jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho” (BRASIL, 1988).

Observa-se do texto constitucional que fora imposto pelo legislador dois limites: o limite diário de (8 horas) e o semanal de (44 horas), se for extrapolado o limite de um deles, implicará na violação da jornada de trabalho (BRASIL, 1988).

Na mesma ótica, o art. 7º inciso XVI fala que a remuneração das horas extras será superior no mínimo em 50% a do normal, podendo ser reajustado um percentual acima de

50% em norma coletiva ou nos contratos individuais, em concordância ao princípio da norma mais favorável ao empregado (BRASIL, 1988).

A jornada extraordinária, no âmbito do teletrabalho, tem sido alvo de muitas discussões. Vejamos adiante alguns entendimentos de acordo com a doutrina.

No tocante a essa questão Martins (2019), explica,

o teletrabalho pode ser esporádico, em que é realizado alguns dias por mês e não todos os dias fora da sede da empresa e mediante conexão virtual com ela. Pode ser realizado apenas fora da empresa. Pode ser misto em que parte do tempo é feito na empresa e parte em local distante da empresa, como pode ocorrer com vendedores, que vêm para a empresa apenas quando haja necessidade de reuniões presenciais (MARTINS, 2019, p. 253)

Nunes (2018) esclarece que é possível realizar a jornada extraordinária no teletrabalho, desde que seja requerida pelo empregador ou pelo próprio trabalhador. Nunes ainda equipara a jornada extraordinária aos atos praticados por funcionários, ao receber e enviar e-mails e atender telefonemas em qualquer lugar fora do ambiente em que labore. Ademais, ela explica que no teletrabalho, em algumas atividades, cobram-se metas para a execução do trabalho, se o trabalhador não conseguir executá-las no horário do labor diário. Consequentemente, o empregado trabalhará além da jornada permitida para atingir aquelas metas, ainda que seja no conforto de casa.

O art. 62 III da CLT exclui os direitos dos teletrabalhadores de receberem horas extraordinárias; Martinez (2017) traz uma reflexão sobre esse inciso. Para ele, esse inciso III do art. 62 da CLT é uma afronta a CF, pois, o legislador não pode retirar o direito dos teletrabalhadores ao recebimento das horas extras; o inciso apenas permite o ônus ao trabalhador, de provar o trabalho em sobrejornada; Martinez explica ainda que, a prova, neste caso específico, será predominantemente testemunhal, ou seja, tudo é uma questão probatória.

Reforçando o entendimento de Martins (2019), está o enunciado nº 71 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizado pela Anamatra,

Ementa: *TELETRABALHO: HORAS EXTRAS*: são devidas as horas extras em regime de teletrabalho, assegurado em qualquer caso o direito ao repouso semanal remunerado. Interpretação do art. 62, III e do parágrafo único do art. 6º da CLT conforme o art. 7º. XIII e XV, da constituição da república, o artigo 7º, “e”, “g” e “h” protocolo adicional à convenção americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (“protocolo de San Salvador”), promulgado pelo decreto 3.621, de 30 de dezembro de 1999, e a recomendação 116 da OIT.

Importante ressaltar, que sendo deferidas e pagas as horas extras, ainda que o trabalhador labore em um ambiente mais cômodo, nesse serviço prestado, além do desgaste físico e sem o devido descanso, gerará um desgaste físico e mental, ou seja, não compensaria esse pagamento a mais, em troca da perda da saúde, do convívio familiar e social e tampouco restabeleceria a saúde do trabalhador do lazer que não pôde desfrutar (NUNES2018).

Todavia, no tocante a jornada de trabalho, o legislador brasileiro agiu ao contrário da legislação Portuguesa. Enquanto Portugal determina a indicação do período normal de trabalho como elemento fundamental de contratação, o inciso III do art. 62 da CLT afasta os teletrabalhadores do regime de duração normal de trabalho Melo (2017).

Ademais, o problema do teletrabalho em não ter uma jornada controlada está na possibilidade de o empregado na maioria das vezes não ter os equipamentos adequados para aferição de sua jornada, enquanto estiver trabalhando, podendo ocasionar problemas de saúde.

Se a jornada possuir um controle efetivo, ou seja, um controle contínuo, por meios telemáticos, poderá ocorrer violação da privacidade do empregado no seu tempo de descanso podendo está com a sua família, pois as praticidades dos meios tecnológicos acabam tomando o tempo de vida social do trabalhador.

É mister que haja um consenso entre a legislação do teletrabalho e a CF/88 para recepcionar os empregados em teletrabalho e para ter o direito ao recebimento de suas horas extras devidamente trabalhadas, da mesma forma que outros trabalhadores exercem controle de jornada.

3.4 Vantagens e Desvantagens do Teletrabalho

Para melhor compreensão do tema, não basta somente a apresentação do conceito e de como o instituto se apresenta no Direito do Trabalho, mas sim, os reflexos positivos e negativos que essa modalidade de prestação de serviço traz para o trabalhador, para as empresas e a sociedade.

3.4.1 Para o Empregado

Uma das melhores vantagens dessa modalidade de labor, principalmente nas capitais, é a redução do deslocamento das pessoas em seus carros próprios, motos ou ônibus em horários de trânsito intenso, além da diminuição de gastos com vales-transportes,

consequentemente a prestação de serviço através do teletrabalho minimiza ou até mesmo elimina as chances de acidentes, durante o percurso casa/trabalho (SEIXAS2017).

Em decorrência disso, o trabalho remoto surgiu como um facilitador da vida humana, permitindo ao funcionário ter mais contato com a sua família, fazer determinadas tarefas distintas, por ter a opção de se aproveitar o tempo que seria gasto, por exemplo, ao tempo de trânsito, em alguns casos cerca de 2 a 3 horas, economizará (NUNES 2018).

No mesmo sentido de Nunes (2018), Trope (1999) acrescenta que o teletrabalho favorece a diminuição do stress, por haver a redução de fatores que o desencadeia, tais como a ausência de deslocamento no trânsito dos centros urbanos.

Outra vantagem trazida com a utilização do teletrabalho, é a flexibilização de horário, capaz de facilitar a conciliação de atividades profissionais aos encargos familiares, propiciando uma melhora na qualidade de vida do teletrabalhador, desde que ele consiga distinguir o tempo de trabalho e o tempo livre (BARROS; ALENCAR 2017).

Nesta perspectiva, Trope (1999) entende que a flexibilidade de horários e a liberdade de ação contribuem significativamente para a produtividade e qualidade do serviço prestado, pois, para ele “o que importa são os resultados e não o horário em que os funcionários estão produzindo. O lema passa a ser ‘liberdade com responsabilidade’ (TROPE, 1999, p. 17).

Darcanchy (2006) acrescenta ainda que, o teletrabalho possui natureza inclusiva, porque independe da presença do funcionário efetivamente na empresa, para que o serviço seja efetivamente prestado, ampliando a possibilidade da inserção de pessoas com deficiência para o mercado de trabalho.

Assim como o trabalhador tem vantagens em laborar no trabalho remoto, de acordo com a doutrina, também poderá sofrer algumas desvantagens, como por exemplo:

Para Seixas (2017), a primeira e principal desvantagem seria a dificuldade em provar o vínculo empregatício, numa possível reclamação trabalhista, apesar de que se pode encontrar decisões nacionais, reconhecendo o vínculo e concedendo direito ao pagamento de todas as verbas rescisórias, porém ainda há contratações feitas no estilo de contrato autônomo, com a intenção de violar os direitos trabalhistas. A justificativa que se tem para tal atitude, seria a dificuldade em verificar a subordinação.

Uma segunda desvantagem apontada por Nunes, (2018) é o isolamento, porque o teletrabalho não proporciona nenhum contato social, podendo desencadear danos psicológicos- “desde tristeza, passando pelos diversos níveis de depressão, até chegar ao suicídio”, e, por conta desse isolamento no domicílio, ou seja, a comodidade nota-se também, a diminuição ou mesmo a ausência de exercícios físicos, até de uma leve caminhada, podendo acarretar doenças como: obesidade e enfermidades em decorrência de má postura seja por negligência do trabalhador, ou por equipamentos inadequados. Outro ponto verificado por Nunes é: “ocasiões de ambiente familiar conturbado, com diversos moradores e afazeres cotidianos a serem realizados concomitantemente. Esse fato leva à falta de concentração, que a depender do nível alcançado, poderá comprometer a jornada laboral do teletrabalhador”.

Em terceiro, Seixas (2017) afirma que, por não haver na maioria dos casos de prestação desses serviços o controle exato da jornada, os empregados acabam recebendo metas maiores do que os empregados que realizam as atividades na empresa, ou seja, os empregados são submetidos a uma jornada excessiva, sendo controlados pela produção, e na maioria das vezes, não conseguem atingir a meta que foi proposta. Por conta disso, podem ficar ininterruptamente conectado, respondendo e enviando e-mails etc.

Outro ponto importante como desvantagem no teletrabalho, é a utilização da internet, por ser um dos instrumentos principais para a realização da atividade, o gasto na maioria das vezes fica a cargo do empregado, por já possuir um provedor em sua casa. Sendo assim, ficará difícil distinguir o gasto pessoal do gasto com o trabalho. [...] O uso da energia elétrica também está atrelado à jornada no teletrabalho, pois o caso é semelhante ao uso da internet, ficando difícil distinguir o gasto da energia elétrica do uso pessoal e a usada para o trabalho (NUNES 2018).

Neste sentido, o art. 75-D da CLT abordou esse ponto crítico do teletrabalho, porém não apresentou uma solução, apenas prevê a necessidade de um ajuste escrito no contrato, sendo o caso, se o empregador arcar com as despesas, estas, não assumem natureza salarial, apenas indenizatória (SILVA 2017).

Como visto, a utilização do teletrabalho ao empregado tem suas vantagens e desvantagens, porém o risco à saúde é a principal desvantagem que se pode extrair deste tipo de atividade que, ocorrendo diariamente, poderá afetar definitivamente a saúde do trabalhador.

3.4.2 Para o Empregador

A realização do teletrabalho é a substituição do trabalho subordinado exercido nas dependências da empresa, pela realização no domicílio do empregado sob coordenação da empresa BARROS e ALENCAR (2017).

No entendimento de Massi (2017), apenas há duas vantagens para o empregador aplicar o teletrabalho. A primeira seria o aumento na produtividade, como visto acima, a produção é aumentada a partir do momento em que o empregado adere ao teletrabalho. A segunda seria a redução de custos, permitindo um maior ganho financeiro, “pois as empresas, ao se instalarem com mais facilidade, em regiões com menores custos, inclusive mão de obra, adquirem maior vantagem competitiva” (TROPE, 1999 p. 18).

Sabe-se que para o empregador inovar em recursos tecnológicos para suas empresas requer gastos frequentemente, pois as inovações tecnológicas são constantes. Para Nunes (2018), o empregado trabalhar remotamente é uma vantagem que, no futuro, custará caro para o empregador, porque “caso este não forneça o treinamento adequado para os trabalhadores, o bom uso dos equipamentos e para melhorar a gestão de tempo, as consequências serão desastrosas” (NUNES, 2018, p 75).

Nesta perspectiva, as desvantagens para o empregador apresentadas por Massi (2017) por sua vez, é a dificuldade de fiscalização da realização dos trabalhos, aumentando o risco de quebras de sigilos, podendo ocorrer transmissão de informações internas e confidenciais da empresa a concorrente.

Na visão de Nunes (2018), como exemplo prático de uma desvantagem, são o cumprimento das regras e orientações pelos trabalhadores. Eles podem simplesmente não querer trabalhar por conta da distração do contato com a família, como também, ao optar por trabalhar em casa, no conforto do lar, surgir uma vontade tentadora de descansar. Ainda nesse contexto, pode-se observar que, devido ao empregado laborar isolado dos outros colegas de trabalho, a depender da função exercida, se exigir criatividade e/ou inovação, esse isolamento pode afetar a desenvoltura da capacidade criativa do funcionário, significando uma desvantagem.

Ainda de acordo com Nunes (2018), para os empregadores que estão exclusivamente interessados em produtividade pelos seus empregados, e consegue através da tecnologia

monitorar o desempenho do subordinado, o funcionário poderá de algum modo burlar a tecnologia, não realizando as tarefas, gerando prejuízos ao empregador, e o comportamento sendo reiterado, o empregador não terá alternativa a não ser dispensar o funcionário. Assim, mais uma desvantagem a ser apresentada pela doutrina.

3.4.3 Para a Sociedade

Trope (1999), afirma que a expansão do teletrabalho trouxe consigo mudanças significativas para as empresas e os empregados, como também acaba influenciando a sociedade de forma significativa. Em decorrência disso, podemos apontar alguns impactos:

Para Massi (2017), as vantagens para a sociedade são direcionadas à redução da poluição ao meio ambiente, por haver redução de automóveis circulando nos grandes centros das cidades, e com a inclusão social de pessoas que eram excluídas do mercado de trabalho, certamente reduzirá o índice de desemprego e a desigualdade social.

Seguindo esse entendimento, Trope (1999) explica que, ao tempo em que o teletrabalho permite uma maior participação do indivíduo na sociedade, também modificar a geografia dessa cidade. Um primeiro ponto negativo do teletrabalho que reflete na sociedade, seria o aumento de custos pela previdência social, advindos por problemas de saúde, adquiridos por esse tipo de prestação de serviço.

Um segundo aspecto negativo apontado por Trope (1999) seria a constante vigilância, surgindo “a possibilidade de ocorrer à invasão de privacidade por parte da chefia ou de outros colegas ao ser facilitado o contato com outro indivíduo em qualquer hora e local” (TROPE, 1999, p. 19).

A utilização deste instituto apresenta vantagens e desvantagens como qualquer outra forma de labor. O teletrabalho, por decorrer essencialmente da utilização da tecnologia, principalmente do uso da internet, está atrelado, ligado à sociedade trabalhista e isso deve ser celebrado, pois as vantagens são muitas e os aspectos negativos apresentados, apesar da gravidade, podem ser trabalhados para redução e/ou eliminação de seus impactos

4 ASPECTOS LEGAIS E JURISPRUDENCIAS DO TELETRABALHO NO BRASIL

4.1 Implementação e Normatização do Teletrabalho no Brasil

O legislador brasileiro ainda não pensava no instituto do teletrabalho quando a CLT passou a vigorar na década de 40, século XX. Mas, mesmo sem a devida regulamentação o teletrabalho, já vinha sendo aplicado gradativamente no Brasil, tanto nas empresas como também em Órgãos Públicos e, “com o passar do tempo, a lei permaneceu vigente, restando a possibilidade de se adequar aos institutos que surgiram junto a letra da Lei Fria” (MANÃS 2006).

De acordo com a SOBRATT, em 2013, foram listadas em torno de 150 empresas privadas que já se utilizavam dos serviços, através do teletrabalho. Dentre elas estão: Nike, AT&T, BT Global Service, Gol Linhas Aéreas, Shell, o Boticário, Nissan, Natura, entre outras. Já no serviço público surgiu com o primeiro projeto piloto para adotar a sistemática no Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO) em 2005. (TIMO, 2017).

Massi (2017) esclarece que, a partir do momento em que o empregado se enquadra no ramo do teletrabalho, são aplicáveis a ele todas as normas inerentes ao direito individual do trabalho, como também outras cláusulas contratuais. Nesse contexto, é importante trazer à tona, algumas considerações a respeito das Leis e dos Projetos de Lei referentes a este instituto, de acordo com a doutrina.

Com a necessidade de se reconhecer a subordinação e o controle dos serviços realizados à distância, surge a Lei 12.551/11, quando o teletrabalho passou a ser reconhecido pelo Ordenamento Jurídico, alterando a redação do artigo 6º da CLT no caput e acrescentando o parágrafo único, ampliando o rol de proteção das modalidades de trabalho (BRASIL, 1943).

não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado à distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. § único: os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio (BRASIL, 1943).

Essa Lei foi criada com o objetivo de proteger o trabalhador que presta serviço fora das dependências da empresa. Seixas (2017), explica que a nova redação do parágrafo único impede que haja diferenciação entre os meios telemáticos e pessoais de controle e fiscalização para verificar se há subordinação jurídica e a consequente configuração de relação

empregatícia. Segundo Seixas (2017), esse foi um importante avanço legal, pois reduziram as fraudes trabalhistas feitas através do contrato autônomo, negando os direitos dos empregados, apesar de verificados todos os requisitos da relação de emprego.

Com isso, tramita no Congresso Nacional um dos mais importantes projetos de lei sobre teletrabalho é o PL nº 4.505/2008 de autoria do deputado Luiz Paulo Vellozo Lucas. “O Projeto regulamenta o trabalho à distância, conceitua e disciplina as relações de teletrabalho e dá outras providências”.

Conforme corrobora Nunes (2018), o projeto aguarda deliberação do recurso atual da mesa diretora da Câmara dos Deputados (MESA). E, “segundo o Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, o referido projeto é alvo de críticas, por prevê a impossibilidade do recebimento de horas extras sob a justificativa de que o empresarial e o virtual são abertos” (art. 6º. § Único, CLT). Além disso, “não há regulamentação acerca dos meios de fiscalização permitidos, tampouco a possibilidade de controle efetivo de jornada por meios virtuais; sobre deveres do empregador; responsabilidade pelo custeio da tecnologia; uso do material de trabalho para fins pessoais etc”. Com isso, entende que o projeto é “extremamente sintético e simplista, que nem de longe atende às necessidades de regulamentação da matéria” (BASTOS, 2017. p. 8).

Seixas (2017) explica que a ausência de um regulamento específico quanto ao tema diminui a segurança jurídica, impedindo empresários de adotar o teletrabalho, negando aos envolvidos as vantagens que este tipo de atividade permite, por isso ressalta a importância do Projeto de Lei nº 4.505/2008, com uma análise cuidadosa, a fim de que as possíveis modificações não tragam prejuízos aos trabalhadores. Assim, é clara a importância do projeto de Lei nº 4.505/2008, o que não significa que este não possa ser merecedor de reparos. aos trabalhadores.

De acordo com Melo (2013), tem-se ainda como embasamento legal no Brasil que possa regular o teletrabalho, o artigo 4º da CLT: “Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador” (MELO, 2013, s/p). Segundo o artigo 83 da CLT: “É devido o salário-mínimo ao trabalhador em domicílio (*Home Office*, por exemplo), considerado este como o executado na habitação do empregado ou em oficina de família, por conta de empregador que o remunere” (BRASIL, 1943).

O que se verifica é que, a legislação vigente aos olhos do legislador, ainda não abarcaria o instituto em seus detalhes fundamentais para a garantia dos direitos trabalhistas, tanto do empregado como do empregador. Visto que, não tem como negar que essa lei 12.551/11 foi elaborada devido à profunda alteração da realidade, ou seja, por força da evolução tecnológica, na qual, o teletrabalho é realidade para muitos trabalhadores, que mesmos sendo exercido à distância por meios tecnológicos, não perde a característica da subordinação.

4.2 Regulamentação do Teletrabalho na Reforma Trabalhista

A Lei de nº 12.551/11 que alterou o art. 6º da CLT não foi suficiente para abordar como seria a aplicação do teletrabalho, visto que, no Brasil, nos últimos anos, houve um crescimento da aplicação do teletrabalho, tanto no setor privado quanto no setor público. Neste contexto, o projeto de Lei da Câmara nº 38 de 2017 foi aprovado pelo Senado Federal em 11 de julho de 2017, no caso a Lei 13.467/17 específica na reforma trabalhista, que entrou em vigor em 11 de novembro de 2017.

O referido tema encontra amparo no Ordenamento Jurídico apenas na CLT no art. 62, III, no capítulo II- A, art. 75-A a 75-E, no 611-A na Lei supracitada. Neste aspecto, serão explanadas algumas considerações acerca dos novos dispositivos da CLT. Assim dispõe o art. 62-Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: III - os empregados em regime de teletrabalho.

Segundo Silva (2017), o inciso III do art. 62, expressa que,

objetivou criar terceira categoria de trabalhadores desprovidos do direito às horas extras, intervalos e adicional noturno: além dos exercentes de cargos de chefia e de funções externas, incompatíveis com o controle de jornada [...] só não retira o direito ao descanso semanal remunerado, pois este é regulamentado por Lei específica (Lei 605/1949), tendo amparo no (art. 7º, XV) ficando imune ao alcance do art. 62 (SILVA, 2017, p. 49).

Chama a atenção que o referido dispositivo é polêmico, cercado de dúvidas jurídicas e uma possível inconstitucionalidade.

Sendo assim, o legislador excluiu trabalhadores do controle de jornada, sem razão, permitindo que o trabalhador labore acima de 08 horas diárias e de 44 horas semanais, sem a devida remuneração (POMMER 2017).

Há caso comprovado, de que o empregador tinha condições efetivas de controlar e fiscalizar o trabalho realizado pelo funcionário, pela utilização dos meios informatizados como: *e-mail*, *whatsapp*, *Facebook*, *GPS*, Telefones, entre outros. Nesses casos, é possível o controle de jornada de trabalho do empregado por aplicação do princípio da primazia da realidade, não havendo justificativa para a exclusão do direito à jornada limitada de 8 horas diárias e 44 horas semanais e a intervalos e adicional noturno (CORREIA; MIESSA 2018).

Nesse toar, Correia e Miessa (2018) esclarecem: “Antes da reforma trabalhista não havia regulamentação específica do teletrabalho, sendo admitido por interpretação de que uso de meios telemáticos não impedem a configuração da subordinação, nos termos do art. 6º da CLT”. Sendo assim, a reforma trabalhista passou a regulamentar o teletrabalho nos arts. 75-A ao 75-E e no art. 611-A da CLT.

Assim dispõe o art. 75-A, “A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo”. Logo, anuncia a criação do regime de teletrabalho. (BRASIL, 1943).

Silva, (2017) faz uma análise do art. 75 A-E: No art. 75-B, *caput* e parágrafo, Silva explica que o teletrabalho pode incluir algumas atividades eventuais nas dependências do empregador, como por exemplo: reuniões, treinamentos ou prestação de contas (SILVA 2017).

O art. 75-C requer que o contrato seja expresso no tocante às atribuições dos empregados para que dificulte as fraudes que são muito comuns nos contratos de trabalho. E, quanto ao descumprimento do prazo para o deslocamento dos serviços, para a casa do trabalhador, nada diz o dispositivo (SILVA 2017).

Rodrigues (2018) destaca ainda que, no art. 75-C poderá haver alteração contratual entre o regime presencial e o teletrabalho, desde que haja mútuo acordo entre as partes. Como também poderá ser realizada por determinação do empregador a alteração de teletrabalho para o presencial, desde que atendendo ao prazo mínimo de 15 dias, registrado em aditivo contratual.

No art. 75-D Silva faz a seguinte indagação: de quem são os custos dos equipamentos e da manutenção dos insumos, como a conta de energia elétrica e da internet? Segundo ela, a

norma não apresenta uma solução, apenas prevê o ajuste de forma escrita. E, em sendo o caso, o empregador arque com as despesas, essas serão de natureza salarial (SILVA 2017).

Por último, no art. 75-E explica que o empregador deve instruir seus empregados “de maneira expressa e ostensiva” para prevenção de doenças, apuração de acidentes e para doenças, deve ter uma análise multifatorial, ex. Tendinite, por excesso de digitação, deverão ser levados em consideração (SILVA 2017).

Neste passo, Miessa e Correia (2018), entendem que a lei 13.46/2017 não permite mais a contratação de maneira tácita de funcionários em regime de teletrabalho. Apesar da lei não estabelecer nenhuma sanção pela ausência de contratação expressa. Nesse caso, entendem que o contrato tácito de trabalho implica a desconsideração do regime de teletrabalho.

Diante disso, Silva (2017) entende que o teletrabalho pode ser reconhecido sim. Como uma relação de emprego, e “não como trabalho autônomo, eventual ou impessoal”. Pergunta-se “se a fiscalização do trabalho avançará na tese de que a inviolabilidade do lar deve ser mitigada quando este deixa de ser ambiente de recato e intimidade e passa a ser a extensão da fábrica”.

Apesar de, a doutrina reconhecer a existência do teletrabalho, a Lei 13.467/2017 que foi recepcionada pela CLT excluiu a proteção do teletrabalhador ao controle da jornada no (novo art. 62, III). E acresceu o art. 75 direcionado à vontade do Empregador decidir sobre as condições de trabalho, ou seja, o legislador brasileiro remeteu ao contrato individual a regulação do teletrabalho (BRASIL, 1943).

Entende-se que, a reforma trabalhista, em sua essência, não veio de fato em harmonia com os princípios da Carta Magna e nem de acordo com os princípios do Direito do Trabalho para garantir direitos ao trabalhador, em especial aos teletrabalhadores.

4.3 (In) constitucionalidade do Teletrabalho

Ante as discussões sobre a implementação do teletrabalho no Brasil e sua regulamentação na reforma trabalhista, faz-se necessário uma breve explanação sobre o posicionamento jurisprudencial dos tribunais do trabalho, a respeito dos critérios da relação de emprego na aplicação do teletrabalho.

Verifica-se que, a maioria das reclamações trabalhistas tratam relativamente de horas extras, sobreaviso e reconhecimento de vínculo empregatício, mesmos anteriores a Lei 12.551/2011 já convergiam em mesmo sentido (BRASIL, 2011).

A Lei 13.467/17 trouxe a reforma trabalhista, introduzindo a modalidade do *teletrabalho, Homme Office e anywhere Office* completando a Lei 12.551/11, entretanto, essa reforma se apresenta contraditória face ao caput do art. 6º da própria CLT que assim ler-se: “Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado à distância” (BRASIL, 1943). A desarmonia permanece frente ao parágrafo único do art. 6º, ou seja, é contraditório que a Lei reconheça as novas tecnologias, permitindo o controle da prestação de serviços, mas, concomitantemente, desfigura a natureza jurídica do teletrabalho, considerando-o à do prestador de serviço incompatível com a fixação da jornada de trabalho. Tal conflito deve ser eliminado à luz do princípio da norma mais favorável ao empregado (CONAMAT, 2018).

Nesse sentir, Pommer (2017) indica que o teletrabalhador não pode ser privado de seus direitos e garantias estabelecidos na lei, principalmente referente à duração da jornada de trabalho, pois está prevista no art. 7º, XIII, da CF/1988. Ainda nesse entendimento, Pommer (2017) entende que, o texto do art. 62 III da CLT é completamente inconstitucional, quando decifrada sistematicamente com a Constituição Federal de 1988 que institui a proteção ao trabalho na jornada de 8hrs diárias e 44hrs semanais, conforme art. 7º, inciso XVI.

Com efeito, o Enunciado 17 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (Brasília – DF), já pontificava, nos idos de 2007, que,

A proteção jurídica ao limite da jornada de trabalho, consagrada nos incisos XIII e XIV do art. 7º da Constituição da República, confere, respectivamente, a todos os trabalhadores, indistintamente, os direitos ao repouso semanal remunerado e à limitação da jornada de trabalho, tendo-se por inconstitucional o art. 62 da CLT (CONAMAT, 2018).

Em decorrência das várias mudanças legislativas no âmbito do teletrabalho, explana-se abaixo o documento que mostra como a jurisprudência brasileira vem se posicionando, quanto ao tema em específico sobre as horas extras e subordinação;

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. CONTROLE INDIRETO DE JORNADA. Agravo de instrumento a que se dá provimento para determinar o processamento do recurso de revista, em face de haver

sido demonstrada possível afronta ao artigo 62, I, da CLT. RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. CONTROLE INDIRETO DE JORNADA. A exceção prevista no artigo 62, I, da CLT não depende apenas do exercício de trabalho externo, mas também da impossibilidade de controle de horário pelo empregador. No caso, o Tribunal Regional registrou que: o autor trabalhava em *home office* por opção da ré, que fechou a filial em Curitiba em 2005; os técnicos, que trabalhavam em idêntica condição, recebiam hora extra, quando acionados no plantão; não havia poderes especiais na gerência; a testemunha da ré admitiu a possibilidade de exceder o horário, caso algum cliente ligasse, a existência de folga compensatória, caso atendesse fora do expediente, e as horas trabalhadas a mais eram informadas. Indubitável, portanto, que o empregador exercia o controle indireto sobre os horários cumpridos pelo empregado. Somente quando se revelar inteiramente impossível o controle, estará afastado o direito ao pagamento de horas extraordinárias, em razão da liberdade de dispor do seu próprio tempo, a exemplo do que ocorre mesmo nesses casos, com o intervalo para refeição, cujo gozo é presumido, diante a autorização legal para dispensa do registro. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST-RR: 12179720115090008, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 08/04/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/04/2015).

Ultimamente, não se tem como negar a possibilidade de controle de jornada no âmbito do teletrabalho na modalidade *Home Office* com o suporte dos softwares, possibilitando o uso por meio da internet. Nesse Julgado o C. TST se manifestou a favor da plena possibilidade do controle de jornada no trabalho à distância, e em decorrência disso condenando várias reclamadas ao pagamento de horas extras desde que, provadas (POMMER 2017).

Em contrapartida, se não houver comprovação de labor extraordinário no teletrabalho, as horas extras serão indeferidas, a exemplo de uma recente Decisão do TST,

HORAS EXTRAS. TRABALHO A DISTÂNCIA. 1-A Corte regional, soberana na análise do conjunto fático-probatório, concluiu que "o labor através de aparelho de celular BlackBerry, fornecido pela ré, não restou comprovado, bem como a limitação do seu direito de locomoção, nos termos da Súmula nº 428, do TST". Ademais, no acórdão de embargos de declaração, esclareceu que "a parte autora alegou, na inicial, que estava conectada à rede da reclamada através de aparelho BlackBerry (...), com o qual realizava chamadas, enviava mensagem de texto e e-mails. Dessa forma, ao mencionar o celular, o julgado abarcou todas as funções realizadas através dele, concluindo inexistir prova do labor à distância". 2 - Nesse contexto, para se chegar à conclusão diversa da exposta pelo Tribunal Regional, de forma a considerar a realização de efetivo labor à distância ou subsunção da reclamante a regime de sobreaviso, seria necessário reexame de fatos e provas, o que é vedado nesta instância extraordinária, nos termos da Súmula nº 126 desta Corte, cuja incidência afasta a viabilidade do conhecimento do recurso de revista com base na fundamentação jurídica invocada pela parte. 3-Agravo de instrumento a que se nega provimento (TST-ARR: 1000411220165010082, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data

de Julgamento: 16/10/2019, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/10/2019).

O Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça (CONAMAT) traz exemplos da jurisprudência do TST, no caso da OJ 332 (tacógrafo insuficiente ao controle de jornada) e a Súmula 287 (gerente-geral bancário sem direito a horas extras) em que o Tribunal Superior se mantém firme na recepção do art. 62 diante do art. 7º, XIII, da CF/88, justificando que o referido dispositivo seria de eficácia limitada.

Ainda de acordo com o tema, é necessário explanar como os TRT's vêm se posicionando acerca das horas extras no teletrabalho:

TRABALHO EXTERNO. TELETRABALHO. ATIVIDADE INCOMPATÍVEL COM A FIXAÇÃO DE HORÁRIOS DE TRABALHO. Demonstrado que o reclamante exercia atividade em teletrabalho, possuindo autonomia e liberdade para gerir os seus horários de trabalho, não sendo possível que a reclamada fixasse horários ou os controlasse (TRT-4-ROT: 00007958920135040009, Data de Julgamento: 11/10/2019, 2ª Turma).

Observa-se nesta decisão ocorrida após a reforma, que o TRT-4ª Região entendeu que a reclamante exercia o teletrabalho, mas que possuía liberdade para gerir seus controles de jornada, ou seja, não sendo possível que a reclamada tivesse o controle.

HORAS EXTRAS. TELETRABALHO. Como corolário do desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação, constata-se a evolução nos modos de prestação do trabalho e, num misto de vantagens e desvantagens sob a ótica jus trabalhista, surgiu o teletrabalho. Assim, havendo a menor possibilidade de aferição da jornada trabalhada por esse empregado, ainda que de forma mista (em ambiente institucional e Home Office), as horas prestadas em sobrejornada devem ser devidamente remuneradas, na forma do art. 7º, XVI, da Constituição da República. (TRT-3-RO: 00101320520165030178 0010132-05.2016.5.03.0178, Segunda Turma).

HOME OFFICE-AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO E CONSEQUENTE CONTROLE DE JORNADA-INCIDÊNCIA DE EXCEÇÃO LEGAL. O sistema de trabalho conhecido como home office é juslaboralmente bem aceito e já está até regulamentado, por meio da Lei 12.551/11, que alterou o artigo 6º/CLT. O atual padrão normativo visa equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. Nessa ordem de ideias, não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado à distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. 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. Demonstrada na vertente hipótese a ausência de fiscalização da jornada praticada, além de livremente organizadas pelo trabalhador as atividades externas realizadas, ou em sistema de home office

praticadas, incide a exceção expressa no art. 62, inciso I, da CLT. Executado o labor fora do alcance de controle do empregador, não faz jus o obreiro às horas extras postuladas. (TRT-3-RO: 0000727-42.2013.5.03.0018, Relator: Convocado Vitor Salino de Moura Eca, Quarta Turma, Data de Publicação: 21/09/2015). BRASIL, (2015).

Verifica-se que os TRTs têm indeferido horas extras quando não há possibilidade de aferição mesmo nas atividades em *Homme Office*, fundamentando suas decisões no art. 62 da CLT.

No tocante a subordinação no teletrabalho, temos algumas decisões de acordo com os TRTs e o TST, vejamos:

TELETRABALHO. ENCARGO PROBATÓRIO. 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. Artigo 6º, parágrafo único, da CLT. Recurso Ordinário interposto pelo reclamante conhecido e parcialmente provido. (TRT-1-RO: 00116130820145010023, Relator: MARCIA LEITE NERY, Data de Julgamento: 27/09/2016, Quinta Turma, Data de Publicação: 05/10/2016).

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. VÍNCULO DE EMPREGO. TELETRABALHO. EDITOR ESPORTIVO. A nota fundamental do contrato de emprego é a dependência do empregado em relação ao empregador e, ao falar em dependência, o artigo 3º da CLT está, inequivocamente, fazendo referência à dependência jurídica, que equivale à subordinação, decorrente do direito do empregador de dispor do trabalho. Daí o direito de comando, que se desdobra nos atos de regulamentar, fiscalizar e orientar o trabalho. No caso dos autos, o autor demonstra ter prestado serviços à demandada na função de editor, em atividades de correspondente esportivo, mediante o preenchimento dos elementos necessários à declaração da relação de emprego. Apelo provido com determinação de retorno dos autos à Origem para análise dos demais pleitos da inicial, sob pena de supressão de instância. (TRT-4-RO: 00007958920135040009, Data de Julgamento: 23/06/2017, 2ª Turma).

Extrai-se desses julgados que a jurisprudência do TRT tem reconhecido a relação de emprego no âmbito do teletrabalho, desde que, retem caracterizados os requisitos da relação de emprego elencados no art. 3º da CLT.

TRABALHO EXTERNO. ACORDO COLETIVO. COMPROVAÇÃO DE EFETIVA FISCALIZAÇÃO DA JORNADA CUMPRIDA. HORAS EXTRAS. Discute-se, no caso, o direito à percepção de horas extras nas situações em que o empregado desempenha funções fora do estabelecimento do empregador. O ponto fulcral da questão não é propriamente o labor externo, e sim a impossibilidade de o empregador controlar a jornada de trabalho efetivamente cumprida pelo obreiro. A limitação da jornada de trabalho é direito constitucionalmente assegurada ao trabalhador, estando diretamente atrelada a questões biológicas, e até mesmo à dignidade da

pessoa humana. Assim, o art. 62, I, da CLT, o qual afasta o direito à percepção de horas extras, deve ser aplicado quando claramente evidenciada a total impossibilidade de controle, direto ou indireto, da jornada laboral. No caso dos autos, o Regional, mantendo os termos da sentença, deixou assente que havia não só controle indireto, mas também a efetiva fiscalização direta da jornada cumprida pelo reclamante. Assim, partindo-se das indissociáveis premissas fáticas traçadas pelo Regional, não há falar-se em afronta às normas legais indicadas pelas recorrentes. Esclareça-se, ademais, que, para qualquer consideração em contrário, seria necessário o revolvimento de fatos e provas, o que é vedado nesta fase processual recursal, nos termos da Súmula n.º 126 do TST. Quanto ao reconhecimento da invalidade da norma coletiva que eximiu a empregadora de anotação da jornada de trabalho, mesmo estando evidenciado, no caso concreto, o efetivo controle do labor executado, o que se vê é que a decisão Recorrida está em harmonia com a jurisprudência consolidada nesta Corte Superior. Precedentes. Agravo de Instrumento conhecidos e não provido" (AIRR-82700-80.2009.5.01.0061, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz José Dezzena da Silva, DEJT 10/05/2019).

A 1ª Turma do C. TST no caso em tela reconheceu que havia subordinação, ou seja, havia efetiva fiscalização direta da jornada cumprida pelo reclamante, como também no tocante as horas extras. Assim o TST, agiu em concordância com os princípios constitucionais, no qual, só aplicará o artigo 62, I, da CLT se não houver possibilidade de nenhuma de controle de jornada.

Em decorrência da reforma trabalhista o CONAMAT entendeu que o artigo 62, III, da CLT é inconstitucional, visto que ocorre uma deturpação e contradição com relação ao direito comparado português, desvirtuando de assegurar os direitos que amparam os empregados da categoria de teletrabalho.

5 CONCLUSÃO

Conforme demonstrado nesta pesquisa, o teletrabalho surgiu como resultado da globalização e das evoluções tecnológicas, como uma nova modalidade de trabalho à distância, semelhante ao trabalho a domicílio, ou seja, este instituto foi fruto das cobranças dos mercados, impulsionados pela necessidade de agilidade e diminuir os custos das Empresas.

Segundo o que foi exposto, tem-se que, devido ao crescimento na implementação do *Homme Office*, tanto nas empresas públicas quanto nas empresas privadas ao longo dos anos, o legislador entendeu pela necessidade de normatizá-lo. Mesmo sendo legalizado, inicialmente pela Lei 12.551/11 que equiparou o teletrabalho nas relações de emprego, e também recentemente alterado pela Lei 13.467/2017, com a reforma trabalhista. Observa-se que, permanece uma problemática a respeito da caracterização da relação de emprego no âmbito do teletrabalho, pertinente a subordinação, pessoalidade e jornada extraordinária.

Verifica-se que, a subordinação no teletrabalho não se apresenta de forma mitigada, mas sim, trata-se de uma forma diferente de subordinação, no qual, o empregador se utiliza de várias formas de controle, por exemplo, os meios telemáticos, que podem até ser realizado em tempo real, podendo acompanhar o teletrabalhador pela sua produção, requerendo assim compromisso e dedicação do mesmo. O que ocorreu é que, a legislação pátria reconheceu outro tipo de subordinação, a chamada subordinação estrutural, reconhecendo o vínculo de emprego apenas entre o serviço prestado e o desenvolvimento produtivo da empresa, ou seja, há apenas à inserção da atividade na empresa.

Ainda na seara da subordinação, em consequência às mudanças desta hodierna forma de trabalho, que passa a apresentar-se pela produção entregue e não mais sob o controle direito e pessoal do empregador, trabalho autônomo e subordinado se confundem, originando a necessidade de se adotar uma definição intermediária chamada de parassubordinação, ou seja, o nível de subordinação é avaliado pelo alcance da intervenção do empregador na atividade do empregado.

No tocante a pessoalidade, o ponto que merece atenção é a questão do envolvimento de familiares na realização do teletrabalho, pois, diante do que foi visto pela doutrina, nota-se que, o empregador faz uma aceitação tácita à realização das atividades feitas em parte por terceiros, de forma eventual. Sendo assim, se houver uma intervenção eventual e produtiva

para as partes do contrato de trabalho, o teletrabalho não perderá o vínculo empregatício.

Uma das polêmicas que está em discussão após a reforma trabalhista, é a tipificação do art. 62 III, que consiste na exclusão de teletrabalhadores do controle de jornada, das horas extras, intervalos e adicional noturno, além de cargos de chefia que sejam incompatíveis com o controle de jornada. Apesar de a legislação trabalhista defender que há a possibilidade de controle, a reforma agiu em sentido contrário, retirando um direito constitucionalmente garantido ao empregado. Diante disso, caminha-se para a inconstitucionalidade o art. 62, inciso III da CLT, pois excluiu uma categoria de trabalhadores que aumenta a cada dia que passa.

Como fora visto, A aplicação do teletrabalho como qualquer outra atividade, também tem suas vantagens e desvantagens. A questão principal referente à desvantagem para o empregado seriam os problemas de saúde, principalmente psicológicos, acarretados devido ao isolamento durante a realização das atividades. A maior vantagem para o empregado está na redução de deslocamento do empregado de casa para o trabalho e vice-versa, prevenindo o stress provocado pelo trânsito das grandes cidades.

Já para o empregador, uma das desvantagens seria a redução da capacidade criativa do funcionário devido ao seu isolamento, e aos empregadores que estão inteiramente interessados em produtividade, e a desvantagem consiste na impossibilidade de monitorar o desempenho do subordinado.

Contudo, diante dos estudos desenvolvidos sobre teletrabalho, percebe-se que essa nova modalidade de trabalho é uma porta flexível tanto para quem já é empregado e pode se utilizar da praticidade que a prática lhes fornece, como para criação de novas oportunidades para quem tem dificuldades de locomoção, até mesmo a pessoas portadoras de deficiência, porque o uso da tecnologia e as novas modalidades de prestar serviços, tem como objetivo o crescimento econômico e a valorização do trabalho e a dignidade da pessoa humana.

Assim, mesmo com a aprovação da reforma trabalhista ainda há muito que se discutir e decidir sobre os direitos fundamentais inerentes aos trabalhadores, pois existe um confronto de natureza constitucional que deve ser dirimido.

Por todo o exposto, fica demonstrado que essa modalidade de trabalho à distância, demanda uma busca de soluções inovadoras, em detrimento das circunstâncias da sociedade

da era digital, tornando-se imprescindível a procura pelo diálogo que ao consenso seja proveitoso para ambas as partes do contrato de trabalho.

-

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. **Reforma Trabalhista:** Enunciados aprovados. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_sit_e.pdf. Acesso em: 10 set. 2019.

BALD, Aline. **TELETRABALHO: REFLEXOS DA LEI 12.551/2011**. 2015. Disponível em: <http://www.univates.br/revistas/index.php/destaques/article/download/463/455..> Acesso em: 8 ago. 2019.

BARBOSA, Robinson Luís Duarte. **O Teletrabalho Dentro de Uma Visão Mais Ampla da Subordinação Jurídica**. 2006.

BARROS, Alice Monteiro de; ALENCAR, Jessé Claudio Franco de. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. atual. São Paulo: LTr, 2017.

BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. **Teletrabalho (*Telework* ou *Telecommuting*):** uma nova forma de ver o tempo e o espaço nas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.sobratt.org.br/index.php/projeto-de-lei-teletrabalho-ministro-guilherme-augusto-caputo-bastos/>. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília (DF), 1988.

_____. **LEI Nº 12.551**. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12551.htm. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. **LEI Nº 13.467: Reforma Trabalhista**. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. **PL 4505/2008 Inteiro teor Projeto de Lei** 2008. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=420890>. Acesso em: 10 set. 2019.

CARIBÉ, Fernanda. **Teletrabalho:** conceitos, aspectos jurídicos e proposições. 2018. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/144309/2017_seixas_fernanda_teletrabalho.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 24 dez. 2019.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho:** curso e discurso. 3 ed. São Paulo: LTr, 2019.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; JUNIOR, José Eduardo de Resende Chaves; ESTRADA, Manuel Martín Pino. **Teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

CONAMAT, Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. <https://www.anamatra.org.br/artigos/25552-o-teletrabalho-na-nova-clt>. Acesso em: 20 out. 2019.

CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. **Manual da Reforma Trabalhista**. 1º. ed. 2. Tir. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

DARCANCHY, Mara Vidigal. **Teletrabalho Para Pessoas Portadoras de Necessidades Especiais**. São Paulo: LTr, 2006.

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

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019.

MAÑAS, Christian Marcello. **Tempo e Trabalho**: a tutela jurídica do tempo de trabalho e tempo livre. São Paulo: LTr, 2005.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MELO, Alvaro. Perspectivas e recomendações. Disponível em: http://www.sobratt.org.br/site2015/wp-content/uploads/2016/08/ok_TELETRABALHO_ALVARO_Palestra_SEMINARIO_BRASILIA_DF_Comparado_Jul2013.pdf. Acesso em: 23 jul. 2019.

NUNES, Talita Camila Gonçalves. **A Precarização no Teletrabalho**: escravidão tecnológica e impactos na saúde física e mental do trabalhador. Belo Horizonte: RTM, 2018.

POMMER, Guilherme. **Teletrabalho e a jornada laboral**: superando a inconstitucionalidade da redação da Lei nº 13.467/2017 sob o prisma do direito comparado. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-166/teletrabalho-e-a-jornada-laboral-superando-a-inconstitucionalidade-da-redacao-da-lei-n-13-467-2017-sob-o-prisma-do-direito-comparado/>. Acesso em: 23 jul. 2019.

RODRIGUES, Ana Cristina. **TELETRABALHO:: A TECNOLOGIA TRANSFORMANDO AS RELAÇÕES DE TRABALHO**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.univates.br/revistas/index.php/destaques/article/download/463/455..> Acesso em: 8 ago. 2019. https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-14062012-112439/publico/TELETRABALHO_A_tecnologia_transformando_as_relacoes_de_trabalho_Parcial.pdf

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

TIMO, Desirée. **Reforma Trabalhista**. 2017. Disponível em: <http://www.sobratt.org.br/index.php/01092017-reflexoes-sobre-o-teletrabalho-no-brasil-antes-e-depois-da-lei-n-13-4672017/>. Acesso em: 10 set. 2019.

TROPE, Alberto. **Organização Virtual**: impactos de teletrabalho nas organizações. Rio de Janeiro: Editora Qualitymark, 1999.

TUPINAMBÁ, Carolina; GOMES, Fábio Rodrigues. **A Reforma Trabalhista**: o impacto nas relações de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2018.