

O TELETRABALHO NA LEI 13.467/17 (REFORMA TRABALHISTA): UMA REGULAMENTAÇÃO EM DESACORDO COM AS EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS

Juliana Teixeira Esteves

Carlo Cosentino Filho

Resumo: O presente artigo tem como objetivo demonstrar o evidente descompasso entre a regulamentação do teletrabalho promovido pela reforma trabalhista e as evidências empíricas da sociedade do trabalho. Enquanto busca-se legitimar a inclusão do teletrabalhador nas exceções do art. 62 da CLT, sob o argumento de que a subordinação jurídica é atenuada pelos meios telemáticos, verifica-se que ela, contrariamente, é cada vez mais forte e exacerbada através dos novos meios tecnológicos e comunicacionais. A revolução informacional subverteu o paradigma capitalista fordista, e nesse cenário surgiram novos atores que protagonizam o jogo de forças entre o capital e o trabalho. Demonstra, a partir das evidências empíricas e analíticas produzidas pela Teoria Social Crítica, o impacto do desenvolvimento tecnológico nas relações individuais de trabalho, e a ascensão do trabalho imaterial, a condição de mola propulsora da sociedade contemporânea.

Para se afastar das ambivalências contidas nas propostas da doutrina clássica, aponta para a necessidade de se articular a produção legislativa sobre o tema as evidências empíricas extraídas do tecido social, e não, simplesmente alterar a lei em busca de beneficiar categorias específicas.

Abstract: This article aims to demonstrate the evident mismatch between the regulation of telework promoted by the labor reform and the empirical evidence of the labor society. While seeking to legitimize the inclusion of the teleworker in the exceptions of art. 62 of the CLT, on the grounds that legal subordination is mitigated by telematic means, it is found that, on the contrary, it is increasingly strong and exacerbated through new technological and communicational means. The information revolution has subverted the Fordist capitalist paradigm, and in this scenario new actors have emerged who play the game of forces between



.....
Juliana Teixeira Esteves

Professora Adjunta da graduação e Pós-Graduação Faculdade de Direito do Recife da UFPE . Presidente da Academia Pernambucana de Direito do trabalho. Vice Presidente do Instituto Ítalo Brasileiro de Direito do trabalho.



Carlo Cosentino Filho

Doutor em Direito. Pesquisador do GP Direito do Trabalho e Teoria Social Crítica/ UFPE integrante do Membro da Renapedts - Rede Nacional de Pesquisas e Estudos em Direito do Trabalho e da Seguridade Social.. Advogado e professor.

capital and labor. It demonstrates, from the empirical and analytical evidences produced by the Critical Social Theory, the impact of technological development on individual work relations, and the rise of immaterial work, the propulsive force of contemporary society. In order to distance itself from the ambivalences contained in the proposals of classical doctrine, it points to the need to articulate the legislative production on the subject of the empirical evidence extracted from the social fabric, not simply to change the law in order to benefit specific categories.

Palavras-chave: reforma trabalhista; teletrabalho; subordinação; direito a desconexão

Key-words: labor reform; telecommunting; subordination; right to disconnect

Sumário: Introdução. 1. A Teoria da Informação e da Comunicação no Direito Individual do Trabalho. 2. A versão doutrina jurídico-trabalhista brasileira. 3. A versão da doutrina jurídico-trabalhista clássica estrangeira sobre às teorias da informação e da comunicação no direito individual e coletivo do trabalho – uma análise à luz do direito comparado. Aspectos da lei portuguesa. 4. Aspectos da doutrina francesa e a nova regulação do direito à desconexão. 5. A versão da doutrina latino-americana 6. Considerações finais.

Introdução

Engels, num texto intitulado de “Sobre o Papel do Trabalho na Transformação do Macaco em Homem” escrito em 1876, afirma que, em

certo ponto, o trabalho criou o ser humano tal como ele é (Engels, 2013, p. 13), já que o que o diferencia dos outros seres vivos é, inicialmente, o tipo de interação que promove com a natureza.

Seu processo de adaptação e seleção natural - à luz da teoria da evolução das espécies descrita por Darwin¹ -, o conduziu ao desenvolvimento da inteligência capaz de produzir instrumentos e ferramentas que auxiliaram e viabilizaram a sua defesa contra predadores, e de toda sorte de contingências de ameaças naturais. Neste itinerário da evolução da espécie, o homem aprende a dominar e a produzir o fogo; encontra utilidade na pele de animais para sua proteção contra o frio, o que vem a viabilizar a habitação de locais antes considerados inóspitos; constrói casas; apascenta e domestica animais e, assim, domina a natureza.

O *trabalho* é entendido como condição básica e fundamental à existência humana. É inerente a ela e, em sendo assim, é possível observá-lo até mesmo antes da formação das próprias civilizações, passando pelas sociedades escravocratas, feudais e pré-capitalistas. Ocorre que, o advento da modernidade, inaugurada com a Revolução Industrial, impõe uma nova configuração social, inédita, própria do novo

1 “Vemos, pois, que a mão não é apenas o órgão do trabalho; é também produto dele. Unicamente pelo trabalho, pela adaptação a novas e novas funções, pela transmissão hereditária do aperfeiçoamento especial assim adquirido pelos músculos e ligamentos e, num período mais amplo, também pelos ossos; unicamente pela aplicação sempre renovada dessas habilidades transmitidas a funções novas cada vez mais complexas foi que a mão do homem atingiu esse grau de perfeição que pôde dar vida, como por artes de magia, aos quadros de Rafael, às estátuas de Thorwaldsen e à música de Paganini” (Engels, 2013, pp. 15-16).

modelo de produção (capitalista), que fora capaz de separar o homem da sua própria força de trabalho, valorando-a e pondo à venda no mercado como um produto².

Como não há precedentes históricos da mercantilização da força de *trabalho*, este estudo adere à análise da modernidade do ponto de vista do *trabalho*, como pretende Postone (2014). Sem, contudo, desconsiderar sua condição fundamental à existência humana. Esclarecedora é a posição de Kurz sobre a questão:

Pois o trabalho como tal, considerado dessa forma seca e abstrata, não é nada supra-histórico. Em sua forma especificamente histórica o trabalho nada mais é do que a exploração econômica abstrata, em empresas, da força de trabalho humano e das matérias-primas. Nesse sentido, só faz parte da modernidade, e como tal foi aceito como pressuposto não questionado por ambos os sistemas conflitantes do pós-guerra, sem distinção (KURZ, 1996, p. 21).

A lógica aristotélica centrada no princípio

2 “La división del trabajo y sus frutos es, en consecuencia, una cuestión tan antigua como la humanidad misma. La división de las tareas entre los sexos, las generaciones y los grupos sociales, así como también la repartición de las riquezas así producidas, han sido, desde siempre, cuestiones decisivas para la organización de las sociedades. En este sentido, podría decirse que el derecho del trabajo nació con las primeras sociedades humanas. Pero esto implicaría prestar a nuestra noción moderna del trabajo una intemporalidad que no tiene. Entendida como un bien negociable, susceptible de ser medida en forma monetaria, independientemente de las cosas a las que se refiere o de las personas que hayan realizado el trabajo, la noción abstracta del trabajo es un producto de la ideología económica y se desarrolla en el siglo XVIII. El derecho del trabajo tiene, por cierto, una prehistoria, pero su historia se confunde con la del capitalismo” (SUPIOT, 2008, pp. 13-14).

da não contradição, afirma que uma coisa não pode ser e deixar de ser, ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto. Apesar da premissa não ter sido superada, a ética moderna precisou negá-la para viabilizar a produção através da exploração do trabalho humano³.

O modelo capitalista desafia o axioma filosófico ao creditar ao *trabalho* duas características ontologicamente antagônicas: autonomia e sujeição. Faculta-se ao empregado se sujeitar ao empregador, economicamente, socialmente, tecnicamente e até mesmo psicologicamente. Não faz sentido e não é verossímil⁴.

Na prática, os trabalhadores não têm experimentado a liberdade apregoada pelo modelo produtivo capitalista. A mão de obra utilizada inicialmente pelo capital consistia, em sua maioria, de camponeses que haviam sido privados das terras sobre as quais extraíam

3 “Impôs o trabalho-dever – glorificado, evangelizado -, instituído e experimentado pela moderna divisão social do trabalho assumiu, no Direito do Trabalho, o nome de trabalho livre e subordinado. Ele é produto da regulamentação normativo-coercitiva da ética moderna e constitui um dos seus absolutos universais. Por isso, recepcionado e incorporado exatamente por quem deveria repudiar e rejeitar” (ANDRADE, 2014, p. 30).

4 “Havia nas cidades um grande contingente de trabalhadores livres: libertos das imposições feudais, mas também dos meios de produção necessários à sua sobrevivência. Para utilizar essa mão de obra abundante, mas sob a aparência de total liberdade, engendrou-se o trabalho assalariado. O ex-camponês ou ex-artesão poderia se tornar um operário, trabalhando nas nascentes fábricas em troca de uma remuneração, com a qual poderia adquirir no mercado os bens e serviços necessários à sua subsistência. Se à primeira vista o novo sistema conferia uma liberdade muito maior do que os anteriores – pois os escravos e os servos eram obrigados a trabalhar para os seus senhores – na verdade essa liberdade era mais aparente do que real. Sem a terra para cultivar e sem as ferramentas do trabalho artesanal, a escolha consistia em trabalhar como operário ou morrer de fome” (PORTO, 2009, p. 23).

os recursos de subsistência, em razão do movimento de cercas, responsável pela aplicação do modelo de produção industrial na agricultura⁵.

Incapazes de produzir em seus pequenos lotes, se viram obrigados a abandoná-los para buscar melhores condições de vida nas cidades. Sem opção, portanto, não se pode dizer que eles optaram livremente por um novo estilo de vida. Apesar dessa constatação fática, a abstração jurídica estava elaborada. O sistema obrigou - e continua obrigando até os dias de hoje -, os indivíduos a exercerem a sua liberdade através de uma única alternativa de sobrevivência: a venda da sua força de trabalho ao capital, o que se estabelece nas condições determinadas pelas leis de mercado. Assim é que o trabalho assalariado se introjeta na ética moderna, como se o trabalhador, “para ser livre, devesse se transformar em escravo, ou seja, a *pessoa não tem a escolha de não ser livre, o capital obriga o trabalhador a ser livre, isto é, o capital disciplina o trabalhador para que ele reconheça a sua própria liberdade* (NAVES, 2014, p. 48).

5 Tudo isto, por sua vez, foi obtido pela transformação social e não tecnológica: pela liquidação (como o “Movimento das Cercas”) do cultivo comunal da Idade Média com seu campo aberto e seu pasto comum, da cultura de subsistência e de velhas atitudes não comerciais em relação à terra. Graças à evolução preparatória dos séculos XVI a XVIII, esta solução radical única do problema agrário, que fez da Grã-Bretanha um país de alguns grandes proprietários, um número moderado de arrendatários comerciais e um grande número de trabalhadores contratados, foi conseguida com um mínimo de problemas, embora intermitentemente sofresse a resistência não só dos infelizes camponeses pobres como também da pequena nobreza tradicionalista do interior (HOBSBAWM, 2013, p. 89-90)

A Teoria da Informação e da Comunicação no Direito Individual do Trabalho

A telemática⁶ é um bom exemplo de como o avanço tecnológico pode impactar as relações de trabalho. Ela alterou completamente a intensidade e o ritmo da divisão do trabalho nos diversos setores da economia⁷. Está presente em toda cadeia produtiva, inclusive em atividades laborais presenciais, onde as informações são trocadas através de computadores e *smartphones*, até mesmo entre trabalhadores que compartilham o mesmo espaço físico. Podem também se comunicar com outras equipes de trabalho em andares, bairros, cidades, países e até continentes diferentes. Tudo à distância de um clique.

A exploração do trabalho à distância alcança um novo patamar em razão da economia que ele representa para o capital. Basta disponibilizar ao trabalhador um computador com acesso à internet para tornar a sua presença física dispensável à grande parte das atividades produtivas. Assim, transfere-se à força de trabalho os custos que sempre foram próprios do empregador, tais como: água, luz, alimentação, transporte, manutenção das ferramentas de trabalho, etc.

Isso quando ainda o consideram empregado. Na maioria das vezes ele será

6 Telemática é a “ciência que trata da manipulação e utilização da informação através do uso combinado de computador e meios de telecomunicação” (FERREIRA, 1999, p.136)

7 Em razão disso, a França promulgou recentemente uma lei que obriga a desconexão dos empregados quando fora do horário de trabalho. A norma francesa demonstra bem a tendência pós-moderna da práxis laboral, e a necessidade de intervenção, para a redefinição do conceito da ética no ambiente de trabalho.

considerado um trabalhador autônomo ou parasubordinado⁸, como no caso Italiano. E assim, os direitos dos trabalhadores vão sendo restringidos, flexibilizados e desregulados.

A telemática faz parte do dia a dia da força de trabalho contemporânea em praticamente todas as zonas urbanas do mundo. Do ocidente ao oriente, desde países desenvolvidos até os em desenvolvimento. Já se demonstrou neste estudo os dados de pesquisas realizadas em 2009 pela Organização Não Governamental (ONG) *Market Analysis*, com 345 trabalhadores em nove capitais.

O serviço virtual era adotado por 23% dos funcionários do setor privado. E as microempresas eram as maiores utilizadoras do teletrabalho. Já havia 10,6 milhões de teletrabalhadores naquele ano no Brasil – em 2001 eram apenas 500 mil. (NASCIMENTO, 2011, p. 1013).

Por outro lado, a telessubordinação tem gerado dano às relações de trabalho quando é utilizada de forma inadequada, como o controle exacerbado dos empregados, obrigados a permanecerem constantemente conectados aos seus empregadores. Esta prática, obviamente, induz o desrespeito ao limite diário de horas de trabalho permitido por lei.

Os métodos de gerenciamento e vigilância do trabalho foram aperfeiçoados pelo capital através desta mesma tecnologia. É o avanço informacional a serviço do maior aproveitamento possível da força de trabalho. O fetiche da mais-valia é alimentado por uma infinidade de instrumentos que geram informações sobre o processo produtivo em

8 Sobre a parasubordinação vide ponto 2.3.1.3 deste estudo que trata dos “Aspectos da doutrina italiana” sobre as teorias da informação e da comunicação no Direito do Trabalho.

tempo real. A cobrança aumenta até o limite máximo de aproveitamento do trabalho, gerando doenças físicas e psicológicas.

Novos recursos, velhas práticas: um museu de grandes novidades da exploração do trabalho pelo capital. Consequência: Os números do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) evidenciam com clareza o aumento de Lesões por Esforços Repetitivos (LER) e Doenças Osteoarticulares Relacionadas ao Trabalho (DORT) em razão do trabalho desenvolvido através da utilização dos computadores, por exemplo. Também revelam que jamais se viu antes uma prevalência tão grande de doenças mentais relacionadas ao trabalho.

Evidências empíricas que demonstram a urgência do tema em estudo. A doutrina clássica ignora, a lei não regula, o judiciário não reconhece as doenças ocupacionais contemporâneas⁹.

A percepção dos impactos das novas tecnologias pela doutrina jurídico-trabalhista brasileira

O legislador brasileiro alterou o artigo 6º da CLT¹⁰, no sentido de adaptar a norma jurídica

9 De acordo com os dados fornecidos pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) os afastamentos provocados por transtornos mentais e comportamentais aumentaram de 612 em 2006 para 12.818 ainda em 2008. DATAPREV, SUB, Plano Tabular e SINTESE e (2009 a 2014). A Portaria/MS n.º 1.339 de 1999, define quais transtornos mentais e comportamentais podem ser relacionados ao trabalho, desde que haja nexos causal entre a moléstia e a atividade laboral.

10 A redação original do referido artigo era a seguinte: “Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego” (BRASIL, DECRETO-LEI N.º 5.452,

trabalhista à realidade da universalização da telemática nas relações sociais. Através da lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011 foram reconhecidos os efeitos jurídicos do poder diretivo do empregador exercido por meios telemáticos e informatizados, equiparando aquele exercido por meios pessoais e diretos. A norma passou a ter a seguinte redação:

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

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (BRASIL, 2011)

Reconheceu-se a existência da telessubordinação, ou seja, a possibilidade de o empregador exercer o principal elemento fático-jurídico da relação de emprego (a subordinação jurídica), mesmo não presencialmente, através de instrumentos de telecomunicação tais como telefones celulares, *smartphones*, *GPS*, etc. A regra se aplica para o trabalho exercido à distância pelo empregado, como o *home office*, mas não só a ele.

Pode-se dizer que a referida norma acordou a doutrina juslaboral brasileira para o estudo da teoria da informação e da comunicação nas relações de trabalho¹¹. Ela,

.....
1943).

11 O leitor sentirá falta de posicionamentos de

bem ou mal, enfrenta as questões da teoria da informação e da comunicação, ou pelo menos as tangencia, quando analisa a subordinação jurídica no contexto do novo art. 6º da CLT. Antes mesmo da revolução tecnológica, autores como Evaristo de Moraes Filho¹², observavam que os níveis de subordinação jurídica variavam em função da natureza material e imaterial da prestação do serviço.

Na sociedade industrial a diferenciação entre o trabalho material/produtivo e imaterial/improdutivo possuía maior relevância do que nos dias atuais onde a natureza material e imaterial do trabalho se imbricaram exigindo multifuncionalidade aos trabalhadores contemporâneos. Hoje, acrescenta-se a teoria da informação e da comunicação à análise da subordinação jurídica. Discute-se se o seu exercício é comprometido pelos meios telemáticos.

Maurício Godinho Delgado¹³ enfrenta

.....
autores da “velha guarda” do Direito do Trabalho tais como Russomano, Catharino, Americo Plá Rodriguez. Eles não viveram o capitalismo pós-fordista e não poderiam prever a sociedade da informação. Estão, portanto, escusados.

12 Evaristo de Moraes Filho cita o doutrinador italiano Riva Sanseverino, para explicar os diferentes níveis de subordinação jurídica, veja-se: “O conteúdo da subordinação própria à locação de serviços não é suscetível de uma determinação apriorística e geral, para valer para todas as inúmeras formas de contrato de trabalho subordinado. A subordinação do locador de serviços, que é encontrada na realidade, varia sobretudo de intensidade, passando de um máximo a um mínimo, segundo a natureza da prestação de trabalho, e à medida que se passa o trabalho prevalentemente material ao trabalho prevalentemente intelectual” (MORAS FILHO, 2014, p. 203).

13 O autor desenvolveu tese influente na doutrina e jurisprudência que relaciona com o objeto de estudo da presente tese. Trata-se da “subordinação estrutural” que, por razões metodológicas, é objeto da análise do presente estudo no item 2.1.1.2, onde se descreve a sua versão sobre as teorias da informação e da comunicação

as questões da teoria da informação e da comunicação, ao tratar da dimensão “estrutural” da subordinação jurídica, expressão cunhada por si, e que se refere a uma espécie do gênero subordinação jurídica que considera a “inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente sua dinâmica de organização e funcionamento” (DELGADO, 2014, p. 306).

Como este aspecto da subordinação, não pressupõe o recebimento de ordens diretas e específicas do superior hierárquico, bastando que o empregado esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade tomadora dos serviços, é possível identificar a existência de relação de emprego em situações antes não verificáveis.

Entende que o conceito de subordinação estrutural foi adotado na Lei n. 12.551/11, que alterou a redação do artigo 6º da CLT ao “considerar subordinados profissionais que realizem trabalho à distância submetidos a meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão”. E ressalta ainda a “elevada capacidade de adaptação do Direito do Trabalho aos desafios da cambiante sociedade e economia capitalistas” (DELGADO, 2014, p. 307-308).

A tese da subordinação estrutural é por ele aplicada nas relações de “trabalho no domicílio” e suas espécies (definidas por ele como: *home office* e o teletrabalho), as quais devem ser enquadradas como hipóteses suscetíveis à incidência do art. 62, I, da CLT¹⁴

.....
no direito coletivo do trabalho.

14 Vide redação do artigo 62 da CLT: “Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: I - os

– norma que considera o labor externo como sendo insuscetível de controle de jornada. Descreve as espécies da seguinte forma:

a) o tradicional trabalho no domicílio, há tempos existente na vida social, sendo comum a certos segmentos profissionais, como as costureiras, as cerzideiras, os trabalhadores no setor de calçados, as doceiras, etc; b) O novo trabalho no domicílio, chamado home-office, à base da informática, dos novos meios de comunicação e dos equipamentos convergentes; c) o teletrabalho, que pode se jungir ao home-office, mas pode também se concretizar em distintos locais de utilização dos equipamentos eletrônicos hoje consagrados (informática, internet, telefonia celular, etc.) (DELGADO, 2014, p. 944).

No que diz respeito ao impacto das novas tecnologias da informação e da comunicação nas relações individuais de trabalho, o autor identifica que, no cenário do trabalho contemporâneo, a exacerbação do poder diretivo do empregador, (i) na utilização de câmeras televisoras de segurança em banheiros; (ii) no controle de correspondências no ambiente laboral, e; (iii) no controle de correspondências eletrônicas e-mail (DELGADO, 2014, p. 670)

No controle de correspondências eletrônicas, defende a garantia do sigilo dos e-mails particulares do trabalhador, mesmo quando veiculados nos computadores da empresa, salvo autorização judicial, em conformidade com o inciso XII do artigo 5º da

.....
empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados” (BRASIL, DECRETO-LEI N.º 5.452, 1943).

CF (DELGADO, 2014, p. 671).

Critica a quebra de sigilo bancário de empregada de banco, ação que considera abusiva, em desrespeito à lei complementar nº. 105 de 2001 (DELGADO, 2014, p. 679).

Nos direitos intelectuais do trabalhador, indica que a regulamentação se procede por textos normativos próprios, que tratam dos direitos autorais, dos direitos da propriedade industrial e, finalmente, dos direitos relativos à criação e utilização de software programa de computação (DELGADO, 2014, p. 638).

Ao tratar do tema da duração do trabalho, demonstra que a utilização de *BIPs*, *paggers*, telefones celulares e outros instrumentos de comunicação fora do horário de trabalho pode caracterizar tempo de sobre aviso, nas situações em que o empregado é obrigado a restringir sua liberdade por estar “aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço” como reza o §2º do art. 244, da CLT. Diz o autor que, o avanço tecnológico tem propiciado situações nocivas que suscitam debates acerca da possibilidade de incidência da figura especial do tempo de sobreaviso. É o que se passa com a utilização, pelo empregado, fora do ambiente de trabalho, e aparelhos de comunicação telemática os ou informatizados, como *BIPs*, *paggers*, telefones celulares e equivalente — mecanismos que viabilizam, em princípio, seu contato imediato com empregador e conseqüentemente imediato retorno ao trabalho (DELGADO, 2014, p. 912).

Registra posição contrária, fundada em argumentos pertinentes, às teorias da informação e comunicação. Para ele, o instituto do sobreaviso impõe o pagamento de contraprestação ao empregado, uma vez

que a sua liberdade estaria contingenciada pela obrigação de “ficar em casa aguardando o chamado para o serviço enquanto que nos dias de hoje com a tais equipamentos o empregado não fica necessariamente preso na sua residência”. Conclui, essa abordagem, a exemplo de Alice Monteiro de Barros, citando a súmula 428 do TST¹⁵ (DELGADO, 2014, p. 913)

Alice Monteiro de Barros¹⁶ entende que esta subordinação pode se tornar ainda mais presente no mundo virtual. Ela alinhou-se ao entendimento de Maurício Godinho Delgado, no que diz respeito à ideia de subordinação estrutural, ou seja: o poder diretivo do empregador se apresenta através da sujeição dos seus empregados à dinâmica empresarial descentralizada, porém encadeada por uma hierarquia de redes interligadas¹⁷. Sob

15 Vide o teor da súmula 428 do TST: “SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso. II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso” (BRASIL, 2012).

16 Vide a análise da autora sobre o impacto das tecnologias da informação e da comunicação nas relações coletivas de trabalho no item 2.1.1.1 do presente estudo.

17 “A subordinação constitui, portanto, uma situação jurídica que possui graus diversos, apresentando-se menos intensa no trabalho a domicílio, que se desenvolve longe dos olhos do empregador. No trabalho a domicílio, descentraliza-se o processo produtivo, uma vez que o objeto da prestação do trabalhador vem em destaque não como resultado, mas como energia laborativa utilizada em função complementar e substitutiva do trabalho executado no interior da empresa. Em consequência, o vínculo de subordinação consiste na inserção da atividade do prestador no ciclo produtivo empresarial e na observância a ordens preventivas e sucessivas. Ainda que operando exatamente e com seus

esta ótica a sujeição permanece, ainda que a prestação do serviço ocorra à distância.

Ela destaca que esta nova modalidade de divisão do trabalho só é possível no contexto das atuais técnicas de controle exercidos pelos empregadores, em razão do progresso tecnológico, especialmente da *internet*, que viabiliza a conexão do trabalhador do seu domicílio ou de qualquer outro lugar que lhe propicie conexão à rede, “a inovação tecnológica subverte a relação de trabalho clássica, sendo responsável por novos tipos de atividade descentralizada, que reúnem informação e comunicação” (BARROS, 2016, p. 213) .

Ocorre que, esta nova possibilidade de trabalho - no sentir da autora -, ao mesmo tempo em que (i) se apresenta bastante vantajosa para a empresa - ao reduzir espaço imobiliário; diminuir custos com alugueis, manutenção e transporte; aumentar a produtividade do empregado em razão do desaparecimento do absenteísmo, da eliminação do tempo perdido; impor maior motivação e da satisfação no exercício da atividade entre outros fatores por ela elencados -, implica (ii) na possibilidade da deterioração das condições de trabalho em razão do isolamento do trabalhador; eliminação da carreira e, conseqüentemente, de qualquer promoção; menores livre de proteção social, de tutela sindical e administrativa além de conflitos familiares, na hipótese do trabalhador não conseguir separar a via profissional da vida familiar (BARROS, 2016, p. 215).

Apresenta, como vantagens desse sistema de trabalho: a flexibilidade no horário, facilitando a conciliação do trabalho com as

.....
próprios meios e instrumentos de trabalho, o trabalhador torna-se elemento integrativo (BARROS, 2016, p. 212).

atividades familiares o que geraria melhora na qualidade de vida, “desde que consiga distinguir entre tempo de trabalho e tempo livre”, avalia também que este tipo de trabalho atendimento de um contingente com dificuldades de obtenção de trabalho formal como as donas de casa, trabalhadores com idade avançada ou com deficiência física e presidiários. E sentencia “em princípio, o teletrabalho permite conciliar os interesses da empresa com empregados” (BARROS, 2016, p. 215).

A autora transita no universo das teorias da informação e da comunicação, ao tratar do trabalho da “zona grise” - expressão originária na doutrina *juslaboral italiana* -, formada por trabalhadores que tanto podem ser enquadrados empregados quanto autônomos, e sobre os quais a teoria da parassubordinação¹⁸ deve incidir, uma vez que - no sentir da autora -, o poder diretivo do empregador, embora não desapareça, torna-se menos incidente quando exercido à distância.

Diz que “a inovação tecnológica subverte a relação de trabalho clássica, sendo responsável por novos tipos de atividade descentralizada,

18 A partir desse tipo de observação a doutrinadora adere a teoria da parassubordinação do direito italiano, veja-se: “As transformações no cenário econômico e social dos últimos anos, manifestadas por várias circunstâncias, entre as quais a descentralização produtiva, a inovação tecnológica (informatização e automação) e o aparecimento de novas profissões advindas da transição de uma economia industrial para uma economia pós-industrial ou de serviços, contribuíram, segundo a doutrina, para colocar em crise a tradicional dicotomia entre trabalho autônomo e trabalho subordinado. É que os modelos (ideais) típicos submetidos a essa dicotomia acarretam, frequentemente, dificuldades, em face das modificações que se operam no cenário econômico e social. Para atender a essas exigências particulares, muitas vezes, inovadoras, tem sido proposto um terceiro gênero: o trabalho parassubordinado” (BARROS, 2016, p. 189).

que reúnem informação e comunicação”, como se evidencia em novas figuras como a do teletrabalhador (BARROS, 2016, p. 214).

Não se trata simplesmente daqueles que trabalham com computador, mas daqueles que se utilizam da telemática no exercício de suas atividades à distância. Complementa que “este tipo de trabalho é executado por pessoas com média ou alta qualificação, as quais se utilizam da informática ou da telecomunicação no exercício das atividades” (BARROS, 2016, p. 213).

Nesse novo contexto, onde coexistem trabalho e cibernética, ocupa-se de identificar o processo de demarcação das novas fronteiras do poder diretivo do empregador, considerando o direito à intimidade e à vida privada do empregado, e ainda, o poder de fiscalização administrativa do estado (BARROS, 2016, p. 215).

Defende que “as transformações tecnológicas dos últimos anos não eliminaram a relação de emprego caracterizada pela subordinação jurídica, pela heterodireção particularmente acentuadas”.

Neste sentido, se o trabalhador se encontra, por exemplo, em conexão direta e permanente, por meio do computador, com o centro de dados da empresa, o empregador poderá fornecer instruções, controlar a execução do trabalho e comprovar a qualidade e a quantidade de tarefas de forma instantânea, como se o empregador estivesse no estabelecimento do empregador.

A *internet* permite, inclusive, aferir o tempo de conexão do terminal do empregado, bem como quando foi acessado pela última vez

o teclado. Esse controle revela, sem dúvida, a subordinação jurídica, que poderá estar presente ainda quando a execução do serviço seja desconectada (*off line*). Tudo dependerá da análise do programa de informática utilizado (BARROS, 2016, p. 216).

Aponta como sendo indicadores valiosos da subordinação jurídica¹⁹ e, partindo do seu pressuposto de existência nos meios telemáticos, ocupa-se em demonstrar como as tecnologias podem servir de burla à legislação vigente. Afirma que o avanço tecnológico não poderá implicar retrocesso social, favorecendo a precariedade do emprego.

No que diz respeito às correspondências eletrônicas, entende que o empregador tem toda liberdade para gerir e acessar as informações do banco de dados da empresa²⁰,

19 “A submissão do teletrabalhador a um programa informático confeccionado pela empresa, que lhe permite dirigir e controlar a atividade do empregado; o fato de o credor do trabalho ter a faculdade de escolher e substituir o programa operativo específico, com assunção de riscos; disponibilidade de tempo em favor do empregador, com a obrigação de assistir a reuniões ou cursos de treinamento, sob pena de sanção disciplinar. Outro indício consiste em ser a empresa proprietária dos equipamentos de produção (computador, linha telefônica, fax, impressora, etc.; recebimento de importância fixa pelos serviços prestados assunção se riscos de gastos pelo credor do trabalho como água, luz, aluguel, estacionamento, manutenção de equipamentos e outros. A esses indícios acrescenta-se a integração do teletrabalhador na organização empresarial, a qual se manifesta pelo grau elevado de confiança, e participação na vida da empresa, dispondo e crachá, de autorização para chamadas telefônicas externas, código para acesso informativo à empresa, figuração nas listas de distribuição interna de documentos aos diretórios eletrônicos da empresa ou aparecimento de sua representação virtual na respectiva página, fatos que não ocorrem com os profissionais que trabalham como sujeitos de um contrato civil ou mercantil” (BARROS, 2016, p. 217).

20 “Se o empregado se utiliza, no horário de serviço, do e-mail do empregador (e-mail corporativo) para enviar suas mensagens particulares, o empregado poderá controlar os sites visitados, como também ter

mas que ofende o direito da inviolabilidade das correspondências o acesso à e-mail pessoal pelo empregador, ainda que o empregado o utilize no ambiente de trabalho²¹.

Por fim, aborda a questão da má utilização de bipes, celulares e outros aparelhos semelhantes. Afirma que eles têm sido utilizados de forma a restringir a liberdade dos trabalhadores, já que são capazes de manter os empregados psicologicamente ligados às atribuições funcionais. Observa que os trabalhadores contemporâneos restam “impedidos de se deslocarem para grandes distancias, dada a iminência de serem convocados, a qualquer hora do dia” e cita a súmula nº 428 do Tribunal Superior do Trabalho²².

.....
 acesso às mensagens eletrônicas enviadas e recebidas. Deverá, entretanto, comunicar ao empregado essa fiscalização, lembrando que o uso do computador dirigir-se exclusivamente à atividade funcional. Nesse caso, o poder diretivo justifica a fiscalização, pois o computador constitui instrumento de trabalho” (BARROS, 2016, p. 399).

21 “A liberdade de comunicação, entretanto, continua sendo a regra. Se o empregador confere ao empregado um endereço eletrônico particular, em princípio, não se admite a fiscalização do conteúdo das mensagens enviadas e recebidas. E mais, se a mensagem dor de conteúdo íntimo, o empregador violará dois preceitos constitucionais: o que assegura o direito à intimidade (art. 5, X) e o que garante o sigilo da correspondência (art. 5º, XII). A violação a esses direitos, no caso, autoriza a rescisão indireta do contrato de trabalho e a compensação por dano moral e/ou material em favor do empregado” (BARROS, 2016, p. 399).

22 Vide o ter da Súmula 428 do TST: “SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso. II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a

Conclui afirmando que: “o avanço tecnológico subverte os critérios da relação clássica de trabalho e apresenta problemas jurídicos diversos, mormente no que se refere à liberdade e à intimidade do empregado, ameaçadas por ingerência do empregador e até pelos órgãos de fiscalização do trabalho” (BARROS, 2016, p. 218)

Amauri Mascaro do Nascimento analisa as relações de trabalho contemporâneas à luz da teoria da informação e da comunicação e propõe, aliado à escola italiana, uma alternativa jurídica para à adequação do Direito do Trabalho às relações laborais contemporâneas.

Cita Jeremy Rifkin²³ para quem a tecnologia possui um lado cruel, promotor da substituição gradual de seres humanos por *hardwares* e *softwares*, tornando cada vez mais prescindível a formação e manutenção de quadro numeroso de empregados numa empresa. Ao mesmo tempo, o avanço informacional propicia o “crescimento da produtividade das empresas com emprego da alta tecnologia no lugar de trabalhadores” (NASCIMENTO, 2011, p. 71).

Segue orientação ligada à escola italiana Direito do Trabalho, no que diz respeito à reestruturação do conceito de subordinação jurídica. A reformulação se faz necessária em razão das configurações de relações de trabalho pós-industriais. Adere à teoria da parassubordinação, e observa o rompimento da concepção binária autonomia subordinação. Para o autor, a parassubordinação é o caminho

.....
 qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso” (BRASIL, 2012).

23 Professor Americano autor de várias obras sobre o fim dos empregos, dentre elas “O fim dos empregos” (2004).

viável para adequar o Direito do Trabalho às transformações do mundo do trabalho.

Para ele, não se trata de “*desestruturação*” do Direito do Trabalho em benefício de uma *recontratualização civilista*”, nem mesmo um meio de “precarização do trabalho”, mas sim uma “proposta de sentido social-econômico” de ampliação de abrangência deste mesmo ramo da ciência jurídica a fim de que ela passe a regular outros “vínculos de trabalho que não podem enquadrar-se no padrão típico do trabalho em tempo integral, por prazo indeterminado”(NASCIMENTO, 2011, p. 216-217)

Diferencia o trabalho doméstico do trabalho no domicílio e alia-se à doutrina italiana, para identificar este último como da zona gris, ou seja: parassubordinado. Mas registra que, no Brasil, a lei afasta a possibilidade de discussão, ao afirmar que o trabalhador a domicílio pode ser considerado empregado desde que configurados os requisitos da relação de emprego (NASCIMENTO, 2011, p. 1011).

Homero Batista Mateus da Silva - professor do Departamento de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Universidade de São Paulo (Largo de São Francisco) -, entende que o novo texto disposto no art. 6.º da CLT é coerente com as atuais formas de exercício da subordinação jurídica que se processam dentro ou fora dos domínios do empregador (SILVA, 2015, p. 43).

Reconhece o avanço legislativo promovido pela alteração do referido artigo, que, no seu sentir, corrige o descompasso existente entre fato e norma. Entende não ser mais possível conceber que a simples ausência de contato físico seja incompatível a subordinação à distância (SILVA, 2015, p. 43).

Espera que os trabalhos executados “nas dependências dos tomadores de serviço, clientes, fornecedores ou simplesmente em locais públicos, como cafeterias que oferecem conexão de internet livre, ou, ainda, praças e logradouros” sejam reconhecidos como os são aqueles prestados presencialmente aos empregadores demais, já que é notório que o local de trabalho não é mais empecilho à incidência dos direitos trabalhistas” (SILVA, 2015, p. 44).

Ao contrário, alerta para se “ter o cuidado de não ficar muito impressionado com os meios eletrônicos de controle da vida de um empregador e se olvidar que os meios mais antigos – como prazos e metas – ainda permanecem intactos” (SILVA, 2015, p. 44).

O conhecimento dos trabalhadores de alta qualificação intelectual não lhes garante melhores condições de trabalho, como vem fazendo crer a doutrina majoritária e a própria lei²⁴. Argumenta que a o conhecimento técnico científico é fugaz, de forma que a suposta valorização do trabalhador do conhecimento pode se diluir tão rápido quanto a velocidade das inovações da sociedade do conhecimento.

Já Gustavo Felipe Barbosa Garcia, entende que a nova redação do art. 6º da CLT garante a isonomia entre o trabalhador (empregado)

24 O autor cita o art. 129 da Lei 11.196/2005 que institucionaliza a “pejotização” em atividades intelectuais. Veja-se o conteúdo da norma indicada: “Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil”.

que presta serviços na sede da empresa com aqueles que labora em domicílio. Assevera a necessidade deste acréscimo à redação original do artigo em questão “tendo em vista que no trabalho em domicílio os requisitos da relação de emprego podem ser de mais difícil aferição” (GARCIA, 2012, p. 229).

No teletrabalho a subordinação e a pessoalidade podem se tornar mais tênues, mas não deixa de considerar a existência de sujeição do empregado neste tipo de trabalho, pontuando a necessidade de um maior cuidado na verificação do caso concreto²⁵. Também indica que o direito às horas extras, no caso do trabalhador em domicílio, encontra maior dificuldade de se caracterizar (GARCIA, 2012, p. 229).

Ao tratar do poder diretivo do empregador, defende que a licitude do controle das correspondências eletrônicas dos empregados pelo empregador desde que as informações sejam relacionadas à empresa. No caso de e-mail particular, resta garantido o direito à privacidade e a inviolabilidade do sigilo da correspondência (GARCIA, 2012, p. 339).

Carlos Henrique Bezerra Leite aborda a temática em estudo ao analisar o instituto da parassubordinação. Para ele, a utilização das novas tecnologias da informação e da comunicação nas relações de trabalho “vêm tornando dificultosa a identificação da subordinação, pelo menos como elemento

25 “Em razão das peculiaridades da forma de exercício do referido labor, a subordinação e a pessoalidade podem exigir um exame mais cuidadoso do caso em concreto. De todo modo, havendo o controle e a direção quanto à forma do trabalho, mesmo que por meio de instrumentos eletrônicos, fica reconhecida a presença da subordinação jurídica” (GARCIA, 2012, p. 231).

essencial tradicional da caracterização da relação empregatícia” (LEITE, 2015, p. 154).

Ao tratar do teletrabalho explica que ele “ocorre em ambiente virtual” embora não avance na explicação do que é este ambiente. Diz apenas que o mundo virtual “é situado no espaço, não se alterando, portanto, a definição de localidade que, no Direito do Trabalho, é estabelecida segundo a eficácia da lei trabalhista no espaço” (LEITE, 2015, p. 188).

O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, indicando a inteligência da súmula 428 do TST²⁶. Considera em sobreaviso o empregado que, mesmo à distancia, é submetido ao controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, assim permanecendo em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso (LEITE, 2015, p. 444).

Orlando Gomes e Elson Gottschalk os autores em referência abordam a temática desta pesquisa, quando buscam explicar a figura do *alto-empregado*. Indicam a independência e a colaboração estreita com a direção da empresa como sendo características próprias

26 Vide o ter da Súmula 428 do TST: “SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso. II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso” (BRASIL, 2012).

deste tipo de trabalhador, associado ao poder de direção do empregador. A subordinação é atenuada, nesses casos, mas não deixa de existir, uma vez que “critérios diretivos gerais são gizados pelo empregador. A esses critérios o *alto-empregado* está subordinado. A sua generalidade não elimina a sua subordinação” (GOMES e GOTTSCHALK, 2012, pp. 95-96)

Expõem uma percepção simpática à flexibilização das normas trabalhistas ao argumentarem que, as velhas e intransigentes ideias de proteção, como a irredutibilidade do salário, a duração do trabalho e a duração do contrato de trabalho, tem cedido posições mais transigentes e compatíveis com o combate ao avanço dos níveis de desemprego oriundos da substituição cada vez mais intensa do uso da energia humana pela da máquina no processo produtivo (GOMES e

O ordenamento jurídico brasileiro, desde a constituição de 1988, vem construindo uma “superestrutura flexibilizante” do conteúdo do contrato individual de trabalho, o que se revela com a mudança em regras de duração do contrato, duração da jornada de trabalho, compensação de jornada (banco de horas), além de normas como a acima destacada que criam novas hipóteses de contrato por prazo determinado²⁷.

27 Sobre o contrato por prazo determinado viabilizado pela lei 9601/98 diz o autor: “trata-se, ademais, de contrato essencialmente *precário*, pois visa a amortecer efeitos conjunturais da *Revolução Tecnológica* sobre o emprego, tanto que as graças oferecidas ao empregador, na área das contribuições sociais, têm, elas próprias, duração precária” (GOMES e GOTTSCHALK, 2012, p. 206).

A versão da doutrina jurídico-trabalhista clássica estrangeira sobre às teorias da informação e da comunicação no direito individual e coletivo do trabalho – uma análise à luz do direito comparado

Neste ponto, a pesquisa volta-se à análise das versões dos juslaboralistas clássicos estrangeiros, enfatizando-se os juristas italianos, portugueses, franceses e, na latino-americana, os argentinos. Adiante-se que as teorias da informação e da comunicação, na amostra pesquisada, aparentemente não foram bem assimiladas pelos responsáveis pela sintonia entre fato e norma.

Esta pesquisa colheu fragmentos doutrinários, jurisprudenciais e legais que revelam o despertar, ainda incipiente, dos juristas sobre as questões trazidas pelo desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação nas relações individuais e coletivas de trabalho.

No cenário europeu, observa-se que na jurisprudência Suíça a utilização de circuito interno de televisão para vigilância do empregado é considerada violação à intimidade do empregado. Na Espanha, o doutrinador José Manoel Del Valle, se posiciona a favor de observações telescópicas em bancos, caixas de segurança ou joalherias e mesas de jogos em cassinos. Mas há também posicionamentos da doutrina espanhola em sentido contrário como no caso de José Luis Goñi Sein (BARROS, 2016, p. 394). A utilização do polígrafo²⁸ foi proibida

28 Instrumento que registra diversos fenômenos fisiológicos (pressão arterial, movimentos respiratórios, etc.), usado ger. como detector de mentira(s).

pela legislação americana através da lei 1988. Também é vedado no Canadá e na França (BARROS, 2016, p. 396).

Aspectos da lei portuguesa

O legislador português, já em 2009, tratou de inserir no seu código do trabalho (lei n.º 7/2009), normas jurídicas específicas para o contrato de teletrabalho²⁹. Adotou, nos arts. 169 e 171 da lei em destaque, um padrão de isonomia entre os trabalhadores presenciais e à distância, inclusive no que diz respeito à representação coletiva (PORTUGAL, 2009).

O legislador português procurou regular questões específicas da relação de trabalho promovida através de meios telemáticos. No item “f”, “5” do art. 166, impõe-se a indicação contratual do departamento da empresa ao qual o empregado está vinculado, bem como o responsável pelo contato com o empregado no âmbito da prestação do serviço. A jornada é regulada no item “c”, “d”, “5” do art. 166, assim como a garantia à privacidade art.170 (PORTUGAL, 2009).

Outrossim, o Código do Trabalho de Portugal, em seu art. 166, admite a visita do empregador ao domicílio do empregado, para o controle de sua atividade e dos respectivos equipamentos no horário das 9 às 19 horas (PORTUGAL, 2009).

Já o art. 166, determina que seja definida a propriedade das ferramentas, bem como a responsabilidade pela guarda e os ônus

29 As referidas normas sobre o teletrabalho encontram-se na subsecção V do código do trabalho português (arts.165 - 171). Podem ser consultadas no Anexo 1 desta tese.

de instalação e manutenção, bem como o pagamento das despesas referentes ao consumo e utilização. Mas, no art. 168, restou estipulado que, na ausência de estipulação contratual, presumem-se que os instrumentos de trabalho respeitantes a tecnologia de informação e de comunicação utilizados pelo trabalhador pertencem ao empregador, que deve assegurar as respectivas instalação e manutenção e o pagamento das inerentes despesas (PORTUGAL, 2009).

Por outro lado, o art. 169 determina que o empregador proporcione formação específica para utilização e manuseio das tecnologias da informação e comunicação necessárias ao desempenho da atividade laboral. Consequentemente cabe ao empregado o sigilo das informações confiadas pelo seu empregador (PORTUGAL, 2009).

Aspectos da doutrina francesa e a nova regulação do direito à desconexão

Recentemente, a França editou uma lei estabelecendo o direito à desconexão dos trabalhadores que, em tempos de conexão integral, continuam sendo demandados pelo capital, pelos atuais meios comunicacionais, em qualquer horário, à noite e nos finais de semana, inclusive.

Para a doutrina francesa, no modelo clássico de divisão do trabalho, a subordinação manifesta-se pelo poder que tem o empregador de determinar as tarefas a cumprir. Já no tocante aos empregados que trabalham com informática, observam que deles não mais se exige a execução de tarefas precisas, mas o alcance de metas e a conclusão de projetos para

os quais dispõem de grande independência operacional (BARROS, 2016, p. 197).

Nesses casos, o objeto do poder diretivo se desloca e o empregador determina não mais as tarefas, mas os objetivos a alcançar, e aguarda o êxito. Neste modelo, o trabalho tende a invadir a vida pessoal do trabalhador, capturando a sua subjetividade.

A lei francesa busca regulamentar o direito à desconexão dos trabalhadores das suas atividades, a fim de que possam, verdadeiramente, usufruir dos seus períodos de descanso, não se obrigando, portanto, a responder e-mails ou qualquer tipo de mensagem do seu empregador fora da jornada de trabalho.

Observe-se que a lei, na verdade, busca combater a captura da subjetividade dos trabalhadores, recorrentemente abordada neste estudo. Ela impõe obrigação às empresas de pôr em prática instrumentos regulatórios das ferramentas digitais utilizadas no mundo contemporâneo (*smartphones*, computadores, *Gps*, e etc) a fim de limitar o acesso aos empregados, especialmente nos períodos destinados ao descanso.

Contudo, a lei não estabelece uma punição para o descumprimento de tais obrigações e, por esta razão, tem suscitado dúvida quanto a sua eficácia prática.

Como o exercício do trabalho vem sendo desvinculado, cada vez mais, de espaços físicos pré-determinados, na sociedade do conhecimento, a ideia de posto fixo de trabalho é superada. Através das novas tecnologias da informação e da comunicação o empregado pode exercer suas funções de qualquer lugar e

em qualquer tempo.

Por outro lado, essas tecnologias também são utilizadas para o exercício da direção, fiscalização e controle do trabalho pelo empregador. Este, como se percebe de forma recorrente nos ciclos históricos, exacerba o poder diretivo provocando prejuízos à vida do empregado, que, no cenário atual, não tem como se livrar do assédio virtual do tomador dos seus serviços.

O governo francês, atento a essas evidências empíricas, promoveu estudos científicos sobre os impactos da tecnologia da informação e da comunicação nas relações de trabalho francesas.

Em 25 de março de 2015 o ministro do trabalho, do emprego, da formação profissional e do diálogo social francês, François Rebsamen, solicitou à Bruno Mettling (Vice-Presidente Executivo da Orange S/A)³⁰, a elaboração de estudos sobre as transformações digitais no mercado de trabalho, que deveriam ser apresentados através de diferentes relatórios temáticos. O que interessa ao presente estudo é o “relatório de impacto da transformação digital sobre o emprego”³¹, entregue em dezembro daquele mesmo ano.

Na seção 2.1.2.3 do relatório analisa-se o “trabalho conectado e a articulação entre a vida privada e a vida profissional”. A tensão entre as esferas privadas e profissionais é reconhecida e a sua equação é apresentada como condição

30 A Orange S/A é uma das maiores operadoras de serviços móveis e de Internet na Europa e na África e líder mundial em serviços de telecomunicações corporativas (ORANGE S/A, 2015).

31 Vide o inteiro teor do relatório de impacto da transformação digital sobre o emprego no Anexo 3.

ao sucesso da transformação digital, já que a harmonia entre esses fatores seria imprescindível ao atendimento da demanda da qualidade de vida no trabalho.

É do empregador a responsabilidade de garantir a saúde e a segurança dos seus empregados, incluindo os períodos de descanso. A desconexão é também um dever do empregado e do empregador; um tema de necessária regulamentação empresarial e conscientização individual.

Algumas empresas têm tomado medidas formais, tais como: (i) incentivar seus empregados a não responder às solicitações nos horários de descanso (como, por exemplo, ocorre na Post, APEC, Syntec.); (ii) implementar módulos experimentais de desconexão (como ocorreu, por exemplo, na Orange O'zone) e, por fim; (iii) a imposição da desconexão pelo o desligamento dos servidores de correio durante os finais de semana.

Apesar das discussões e debates, 72% dos gestores abordados relataram trabalhar em empresas que não tem tomado qualquer medida de controle em suas comunicações digitais. Mais de um terço relataram não ter percebido qualquer influência do direito de desligar em suas vidas. Os dados negativos incentivam a adesão ao acordo interprofissional nacional de 19 de junho 2013, sobre a melhoria da qualidade de vida no trabalho (artigo 17).

Na sua publicação em 2013, "Reinventando o trabalho", a empresa de consultoria Roland Berger Strategy sugere a regulamentação coletiva do uso das ferramentas digitais, de forma compartilhada com representantes das empresas, através de promoção de atividades educativas no sentido de desenvolver uma

ética de combate aos excessos da sociedade da informação.

O direito e o dever de desconexão aplicam-se também ao *telecommuting* e ao *nomadismo*³², já que a revolução informacional aniquilou as fronteiras espaciais entre a vida privada e profissional.

Destaque-se ainda, na experiência francesa, o acordo em 2014, entre as federações sindicais Syntec, o Cinov, CFTD e CFE-CGC no qual foram estabelecidos "requisitos de desconexão de ferramentas de comunicação remota" para os executivos, com a imposição de ferramenta capaz de monitorar a desconexão³³.

A Volkswagen criou uma ferramenta que deixa o seu servidor inacessível entre 06:15 da tarde (horário de término oficial do dia) e 7 horas da manhã seguinte. Ele também afeta os smartphones profissionais de quase mil empregados da empresa. A medida visa, explicitamente estabelecer uma separação entre a vida pessoal e a vida profissional dos seus empregados. Registre-se que o procedimento não abrange toda a companhia, e que o programa, apesar de estar em funcionamento desde 2011, não foi estendido para toda a empresa.

Por fim, registre-se o caso da Daimler-Benz

32 A expressão nomadismo diz respeito às possibilidades contemporâneas de prestação de serviços moveis, ou seja, sem fixação espacial do trabalhador. O tema é tratado neste estudo sob dois enfoques: Na seção 7.2 intitulada de "A Reinvenção do Poder Nômade", ele é analisado como uma modalidade informacional de divisão social do trabalho. Na seção 8.2, intitulada "" demonstra-se a obsolescência da dogmática jurídica diante do desafio de regular este fenômeno, cada vez mais comum na sociedade da informação.

33 O inteiro teor do acordo citado encontra-se no Anexo 1.

que desde 2014 instituiu a opção de resposta automática de e-mails no período de férias, de forma que as correspondências recebidas no período passam a ser redirecionadas para contatos disponíveis ou convidando o remetente a reenviar a sua mensagem quando do retorno da pessoa. A novidade do dispositivo é a opção de direcionamento automático de e-mails que, de acordo com os resultados da investigação sobre a qualidade de vida no trabalho, são capazes de impedir a sobrecarga de trabalho no retorno das férias.

Os italianos trataram de apresentar a proposta da parassubordinação como alternativa regulatória para o teletrabalho que ascende em todo mundo e já representa, no Brasil, cerca de 20 milhões de trabalhadores em domicílio³⁴.

O doutrinador italiano Giampiero Proia, em seu *Manuale di Diritto del Lavoro*, apresenta uma análise histórica do Direito do Trabalho que se estende até a crise do estado social e a globalização. Neste ponto, como não poderia deixar de ser, o autor aborda as teorias da informação e da comunicação para explicar o papel dos avanços tecnológicos no movimento de expansão do comércio mundial. Explica que:

Il progressivo allentamento delle barriere

34 De acordo com o estudo “Home Office Brasil” realizado pela SAP Consultoria em Recursos Humanos, com o apoio institucional da Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades (SOBRATT), no Brasil, segundo projeções de dados do Censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2010, existem mais de 20 milhões de trabalhadores em domicílio. Uma significativa parcela deste contingente adota a prática de Home Office, estando vinculados a uma empresa. A Pesquisa Home Office Brasil 2016 revelou que 37% das empresas no Brasil possuem prática de Home Office junto a seus colaboradores. (TREVISAN et al., 2016). Para acesso ao inteiro teor do estudo vide Anexo 5.

giuridiche poste a protezione dei mercati nazionali, unitamente ai progressi scientifici e tecnologici che favoriscono il superamento delle barriere geografiche, hanno realizzato un effettivo mercato globale che, grazie alla libertà di circolazione assicurata alle merci, ai servizi e ai capitali, sfugge ai diritti nazionali del lavoro (cfr. n. 1) (PROIA, 2016, p. 5).

Ao procurar estabelecer um equilíbrio entre o princípio da liberdade de iniciativa econômica e os direitos trabalhistas indica que estes últimos, só fazem sentido diante da existência da empresa, e como tal, devem adequar-se à essa estrutura jurídica, considerando a sua necessária competitividade no mercado global, como atual condição de existência³⁵.

O autor evidencia a necessidade de convergência - com base nas teorias da informação e da comunicação -, entre os modelos pós-industriais de organização empresarial e a teoria juslaboral a fim de equilibrar e garantir a sobrevivência das empresas e consequentemente dos empregos (PROIA, 2016, p. 22).

Aponta o problema da qualificação do trabalhador contemporâneo, especialmente os da zona cinzenta - linha entre o trabalho autônomo e subordinado - em razão do avanço tecnológico criar novas profissões e atividades todos os dias³⁶.

35 “Il bilanciamento tra i principi di tutela del lavoro e quello della libertà di intrapresa economica è necessario in quanto principi costituzionali, anche se suscettibili di essere classificati in una scala gerarchica in ordine di importanza, non possono comportare la soppressione si uni a favore degli altri, bensì devono necessariamente essere contemperati tra loro” (PROIA, 2016, p. 22).

36 “L'opera di qualificazione, invece diviene

Analisa também o poder diretivo do empregador e a possibilidade de realizá-lo à distância. Cita a vedação expressa no art. 4º da lei 300 de 1970 italiana quanto à utilização de equipamentos audiovisuais com a finalidade exclusiva de controlar os empregados, salvo acordo com o sindicato (PROIA, 2016, p. 199).

Para o autor a lei está defasada, em descompasso com as novas formas de aplicação da tecnologia nos modelos de organização empresarial³⁷, e demonstra que apesar dessa restrição, a lei italiana autoriza a coleta de dados de instrumentos eletrônicos de trabalho para exercício do controle empresarial. Veja-se:

L'innovazione più rilevante è costituita, tuttavia, dalla precisione che le condizioni suddette (esigenze aziendali oggettive, accordo sindacale o autorizzazione amministrativa) non è necessario ricorrano quando si tratti di strumenti dal lavoratore per prendere la prestazione lavorativa (e, quindi, anche strumenti oggi di comune impiego, quali computer, tablet, smartphone,

.....
complicata quando il rapporto di lavoro si colloca in quella area, definita grigia, in cui il confine tra autonomia e subordinazione può risultare labile per l'osservatore esterno, e che si è andata espandendo per effetto dei mutamenti intervenuti nel mondo del lavoro e delle imprese. In particolare, con i progressi della tecnica, sono nate e si sono sviluppate nuove professioni ed attività lavorative che, pur essendo funzionali all'esercizio dell'impresa consente di utilizzare le prestazioni di lavoro attraverso strumenti e tecniche che non rendono necessaria la costante ingerenza sulla loro esecuzione" (PROIA, 2016, p. 111).

37 "Tale disciplina è apparsa, con il tempo, non più in linea con l'evoluzione tecnologica che ha prodotto strumenti e dispositivi (soprattutto elettronici ed informatici) che possono risultare utili o necessari per l'organizzazione dell'impresa e del lavoro, ma, al tempo stesso, hanno in sé connaturata la possibilità di fornire dati indirettamente attinenti l'attività lavorativa" (PROIA, 2016, p. 199).

localizzatori satellitari) e di strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze (PROIA, 2016, p. 199-200).

Pondera que esta autorização legal permite que a empresa controle a posição geográfica do empregado, a sua velocidade de deslocamento e até o seu batimento cardíaco, entre inúmeras e imprevisíveis possibilidades contingenciadas pelo diário avanço tecnológico.

Demonstra que a lei italiana impõe duas condições para o exercício do poder diretivo através desses instrumentos telemáticos. A primeira diz respeito à ciência do empregado sobre o acesso e o controle das informações pelo empregador. A segunda está ligada à garantia da proteção de dados pessoais do empregado, com respeito as regras gerais que regem o tratamento de tais dados que está disposto no código da privacidade italiano³⁸.

Giuseppe Santoro-Passarelli, faz as mesmas observações quanto à permissão legislativa italiana da utilização dos meios eletrônicos para a segurança do trabalho, e que ao mesmo tempo, a vedação por esta mesma lei, da utilização de equipamentos audiovisuais para a fiscalização e o controle à distância. Aborda também a autorização da

.....
38 O código da privacidade italiano (tradução livre do autor) acima referenciado é o "Decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 Codice in materia di protezione dei dati personali" que no seu art. 23 prescreve "1. Il trattamento di dati personali da parte di privati o di enti pubblici economici è ammesso solo con il consenso espresso dell'interessato. 2. Il consenso può riguardare l'intero trattamento ovvero una o più operazioni dello stesso. 3. Il consenso è validamente prestato solo se è espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato, se è documentato per iscritto, e se sono state rese all'interessato le informazioni di cui all'articolo 13. 4. Il consenso è manifestato in forma scritta quando il trattamento riguarda dati sensibili" (ITALIA, 2003).

utilização de equipamentos eletrônicos tais como *smartphones* com *GPS* para o controle do empregado, mas neste ponto, com posição diretamente oposta à de PROIA, entende que a autorização desequilibra a relação entre a produtividade da empresa e a dignidade do trabalhador, prevalecendo a primeira. Veja-se:

Sotto questo aspetto la norma sembra spostare l'equilibrio tra gli interessi contrapposti alla produttività e alla dignità e riservatezza del lavoratore a favore del primo piuttosto che dei secondi, rendendo più flessibile, in ragione del loro utilità a svolgere la prestazione, il ricorso a strumenti di lavoro tecnologicamente avanzi ma dai quali derivi la possibilità di controllo (PASSARELLI, 2015, p. 239).

Ressalta o empenho dos sindicatos italianos em favor da imposição de acordo coletivo para disciplinar as condições e os limites de utilização das informações processadas por tais instrumentos de controle à distância³⁹.

Também aborda a questão do teletrabalho, definindo como sendo aquele que é prestado fora da empresa por meios telemáticos “è una modalità di svolgimento dell’attività lavorativa” il lavatore esegue le prestazioni da un luogo esterno l’azienda, avvalendosi di un computer o di un altro dispositivo mobile collegato con il sistema informativo aziendale” (PASSARELLI,

39 Nos a caso proprio su questo punto si sono registrate le maggiori critiche da parte sindacale alla nuova disposizione: i sindacati, infatti, hanno interesse a che continui ad essere prevista la necessità dell’accordo sindacale al fine di poter dettare condizioni e limiti di utilizzo degli strumenti che, pur necessari per rendere la prestazione, possano comportare le possibilità di un controllo a distanza (PASSARELLI, 2015, p. 239-240).

2015, p. 411).

Em seguida passa a diferenciar as espécies de teletrabalho (i) “à domicilio” que para o autor: “rappresenta una soluzione organizzativa particolarmente utile quando in un’unità produttiva si vuole mantenere in vita soltanto l’attività operativa” e; (ii) o trabalho fora da empresa que para ele “è l’unica forma de telelavoro non stanziale, in quanto il telelavoratore non è vincolato ad una postazione di lavoro fissa. Lo scambio di informazioni e dati con la sede centrale avviene tramite dispositivi mobili (computer, tablet, smartphone)” (PASSARELLI, 2015, p. 411-112).

Esta última possibilidade teletrabalho (exercida fora do domicílio do empregado e da sede empresa) evidencia a ascensão de um modelo de divisão de trabalho denominado “centro comunitário de trabalho”,

A exposição de Passarelli revela um tipo de organização produtiva estruturada por *teletrabalhadores* que exercem suas atividades fora da empresa. Laboram em espaços comuns, locados por diversos empregadores, interagindo, portanto, com outros trabalhadores, sejam eles vinculados ao mesmo empregador ou a empregadores diversos – todos inquilinos do mesmo local. Por isso mesmo, o autor entende que este sistema atenua o problema do isolamento comum a este tipo de trabalhador.

Luisa Galantino aborda a teoria da informação e da comunicação em dois pontos comuns aos demais autores italianos aqui explorados. Ao analisar o teletrabalho, não o define como um novo tipo de relação de trabalho, mas sim uma modalidade particular de execução de trabalho que, em função das condições em que se apresenta, pode ser

considerado subordinado ou autônomo⁴⁰.

O teletrabalho será considerado subordinado quando se verificar a prestação de serviços de forma pessoal e a sujeição do trabalhador à direção dos trabalhos pela empresa. Indica ainda que a possibilidade de teletrabalho *off line*, quando o empregado executa suas funções ao longo do dia, mesmo não estando conectado ao empregador, mas se obrigando a transmitir as informações relacionadas ao seu trabalho em determinados horários pré-estabelecidos⁴¹.

Ao analisar o poder diretivo do empregador, observa as vedações à utilização de equipamentos áudio visuais telemáticos para a fiscalização intencional do trabalhador – salvo se indispensável para a proteção do patrimônio da empresa e dos instrumentos de trabalho (art. 6º *comma* 1 do *statuto dei lavoratoti*). Ainda assim, o controle deverá ser exercido mediante comunicação ao empregado sobre as formas de controle, bem como a anuência

40 “Non si tratta di una nuova tipologia di rapporto di lavoro, ma piuttosto di una particolare modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, riconducibile, a seconda delle diverse fattispecie in cui esso si presenta, al lavoro subordinato – eventualmente nella forma del lavoro autonomo, magari dall’art. 1 della legge n. 877 del 1973 – ovvero al lavoro autonomo, magari parasubordinato” (GALANTINO, 2015, p. 191).

41 “Lo svolgimento di una prestazione prevalentemente personale; la non occasionalità della stessa; l’assoggetamento pieno della prestazione di lavoro a eterodirezione intensa come potere dell’imprenditore di impartire al telelavoratore direttive a distanza e in qualsiasi momento un ordine alle modalità di esecuzione del lavoro; l’inserimento nell’organizzazione di impresa. È il caso, ad esempio. Del lavoratore che svolge attività di lavoro nel suo domicilio ed è collegato on line con il sistema informativo aziendale. Altri incidi di subordinazione ex art. 2094 c.c. – anche in presenza di telelavoro off line ovvero one way line – potrebbero essere individuati nell’obbligo di rientro periodico in azienda, nell’obbligo di reperibilità, nella durata predefinita della giornata di lavoro” (GALANTINO, 2015, p. 191).

do sindicato. Acentua que a doutrina italiana já vinha alertando há algum tempo sobre a necessidade de adequação da legislação às novas tecnologias (GALANTINO, 2015, p. 287).

A versão da doutrina latino-americana

Neste ponto, a pesquisa traz à evidência a posição da doutrina latino-americana clássica sobre as teorias da informação e da comunicação nas relações individuais e coletivas de trabalho. São proposições jurídicas colhidas preponderantemente da doutrina argentina. Veja-se:

Viridiana Díaz Aloy tem intensificado suas pesquisas no tema do teletrabalho. Indica que esta modalidade utiliza as tecnologias da informação e da comunicação como fator estrutural e que as atividades desse tipo de trabalhador são predominantemente intelectuais, e relacionadas ao manejo de informações e conhecimentos. Portanto fazendo uso indispensavelmente de tecnologia no contexto de “*telemarketers*” e “*call centers*” (ALOY, 2009, p. 30).

Do ponto de vista contratual, demonstra que os elementos da sujeição do trabalhador ao empregado se operam através dos meios informacionais e comunicacionais. O empregador pode exercer o controle do empregado e emitir ordens à distância, de forma que o trabalhador, mesmo não presencialmente, se insere na organização empresarial.

Mas registra a problemática da definição contratual do vínculo, que pode parecer incerta, já que representa uma nova fronteira do conceito de dependência e a necessidade de se instituírem novas categorias jurídicas a fim de se dar mais proteção aos trabalhadores deste setor (ALOY, 2009, p. 31).

Assim,

En su fundamentación señala que el teletrabajo es una modalidad transversal que puede desenvolverse tanto en el marco de relaciones autónomas como dependientes, sin que configure otra categoría conceptual o tipo contractual autónomo, pues entiende que una regulación especial no es el marco adecuado para introducir una categoría jurídica que aún no ha tenido recepción legal ni jurisprudencial (ALOY, 2009, p. 31).

Ao estabelecer um panorama da regulação do teletrabalho pelo mundo, evidencia a ausência de convenção ou recomendação da OIT sobre o tema. Utiliza-se a recomendação 184 que trata do trabalho em domicílio, mas que não atende as demandas geradas pelo avanço das tecnologias da informação e da comunicação. Refere-se ao trabalho em domicílio tradicional.

Na América Latina, observa-se que o Chile, no ano de 2001, reformou o art. 22 do *Código de Trabajo* (lei 19759/01) inserindo no capítulo de jornada de trabalho o teletrabalho como uma categoria excepcional no que diz respeito à jornada de trabalho.

A Colômbia, através da lei 1221/08, instituiu uma lei que tem como escopo promover e regular o teletrabalho como um instrumento de geração de emprego e autoemprego mediante utilização das tecnologias da informação e da telecomunicação. Incentiva as políticas públicas voltadas à geração de empregos no teletrabalho e no art. 6º estabelece proteção do direito individual e das relações sindicais para os *teletrabajadores*. A exemplo do Chile,

excluí os *teletrabajadores* do regime geral de jornada de trabalho.

Trata ainda do acordo europeu sobre o teletrabalho de 2002, considerado o mais amplo instrumento de regulação desta modalidade de trabalho no mundo. Diz que “dentro de uma definição ampla pretendeu promover a implantação do teletrabalho combinando flexibilidade, proteção e segurança. Na Argentina, a pesar de vários projetos de lei e de intensa discussão sobre a questão a matéria ainda não foi regulada por lei (ALOY, 2009, p. 34).

Analisa ainda – sob a perspectiva do direito coletivo -, a questão da igualdade entre os trabalhadores que prestam serviços presencialmente e aqueles que o fazem em domicílio - através de teletrabalho -, especialmente no que diz respeito à liberdade sindical.

Marca posição, no sentido de que os trabalhadores devem se utilizar dos mesmos recursos tecnológicos difundidos pelo capital, como no caso do teletrabalho, por exemplo, para servir ao movimento sindical.

Sobre o tema da negociação coletiva, acrescenta a necessidade de inserção, nas pautas de discussão, das questões próprias e relativas ao trabalho à distância, inclusive no que diz respeito à capacitação e a reciclagem desses trabalhadores que lidam diretamente com a tecnologia⁴².

42 “Es esencial que los actores sociales, mediante la negociación colectiva, introduzcan en las mesas paritarias la temática del teletrabajo, previendo la capacitación de los trabajadores en el uso de las herramientas TICs necesarias para teletrabajar, con el objetivo de mejorar la calificación profesional y la empleabilidad de los mismos” (ALOY, 2009, p. 13).

Cita a convenção coletiva sobre teletrabalho da telefônica da Espanha, que instituiu diretrizes pertinentes às teorias em estudo. Tratam-se de regras de combate ao isolamento do teletrabalhador, impondo reuniões semanais com a equipe de trabalho com os colegas de trabalho e com chefe direto, determinando ainda ao menos um dia de trabalho presencial (ALOY, 2009, p. 15).

A norma referenciada assegura aos teletrabalhadores direitos e obrigações relacionados à proteção e confidencialidade dos dados de acesso. A empresa, por outro lado, deve adotar as medidas de proteção pelo teletrabalhador para fins profissionais. Estabelece a inalterabilidade das condições econômicas e laborais e veda a discriminação em relação aos demais trabalhadores (que exercem suas funções presencialmente) (ALOY, 2009, p. 15).

O teletrabalho não poderá representar qualquer tipo de prejuízo aos teletrabalhadores. Garante-se aos mesmos, idênticas condições de participação e elegibilidade nas eleições para a representação dos trabalhadores presenciais (ALOY, 2009, p. 16).

Ressalta que a eficácia e a produtividade do sistema implementado pelo teletrabalho pode provocar a fragmentação das relações sindicais, o que é bastante prejudicial às lutas emancipatórias ou mesmo reivindicativas. Mas conclui que o teletrabalho é um setor produtivo que “permite la inclusión social y laboral de las personas mejorando la calidad del empleo” (ALOY, 2009, p. 25). Ou seja, dentro da lógica da relação custo x benefício, a autora entende que o saldo desta modalidade de trabalho é positivo.

Hugo Raimundo Carvallo indica que, em função das transformações do sistema produtivo observados desde o início do processo de crescimento exponencial das tecnologias da informação e da comunicação, a utilização de meios telemáticos é um caminho sem volta. Daí, o conceito de parassubordinação deve ser percebido como uma alternativa para adequar o direito à dinâmica social pós-industrial.

Diz que o Direito do Trabalho e o da Seguridade Social foram afetados por essas mudanças desde a crise de 1973 e desde então são forçados a se enquadrar a tais instabilidades sociais. Defende que tanto há novas formas de trabalho dentro do espectro da subordinação, como há novos ofícios que demandam novas regulamentações.

Por fim, Fernando Javier Caparrós passa a demonstrar a percepção deste doutrinador argentino sobre o principal aspecto da teoria da comunicação e da informação no trabalho que é a parassubordinação. Adere a teoria da “zona cinzenta” e identifica que o binômio trabalho autônomo / subordinado se desfez com a organização do tempo imposto pela sociedade da informação e da comunicação que dispensa a contingência física de um exército de trabalhadores para explorar o trabalho de indivíduos que executam em tempo real de qualquer lugar. O que implica numa confusão para quem utiliza aquele paradigma (CAPARRÓS, 2009, p. 113).

Encontra na lógica da produção flexível a premissa para afirmar que a participação no processo produtivo ocorrerá de forma diferente da tradicional. Será estabelecida por uma série de situações fáticas que separam esse tipo de trabalho das típicas relações de trabalho

subordinadas e contínuas (CAPARRÓS, 2009, p. 113).

Apresenta alguns números sobre o teletrabalho no mundo contemporâneo, o que permite verificar a sua importância no modelo produtivo pós-fordista⁴³, e demonstra diversas denominações que se estabeleceram para este tipo de trabalho ao redor do mundo. As expressões variam, basicamente, em função do local de prestação dos serviços e do modelo de organização empresarial. São elas: “telecommuting (teledesplazamiento), networking (trabajo em la red) remote working (trabajo a distancia) flexible working (trabajo flexible) y home working trabajo em casa” (CAPARRÓS, 2009, p. 118).

Na Alemanha, a tutela dos trabalhadores da “zona cinzenta” está contemplada pela seção 12ª da lei sobre os convênios coletivos de 1974 que trata dos “trabajadores independientes, pero económicamente dependientes, que precisan de una protección parecida a la de los asalariados”. A lei alemã considera desta zona os trabalhadores que laboram sozinhos sem assistência de qualquer tipo de trabalho remunerado e com preponderância de trabalho a partir de uma única pessoa ou instituição (CAPARRÓS, 2009, p. 124).

Na Espanha, a parassubordinação se traduz na figura do “trabajador autónomo económicamente dependiente” a partir da lei 20 de 11 de julho de 2007, e que os

trabalhadores que se situam na zona cinzenta têm recebido diferentes denominações nos diversos ordenamentos jurídicos tais como “trabajador parasubordinado” e “trabajador cuasiasalariado”, deixando transparecer sua preferência denominação do direito Espanhol (CAPARRÓS, 2009, p. 125).

Faz referência a um estudo comparativo do observatório Europeu de relações laborais que relaciona este tipo de trabalho diretamente à atividades do setor de serviços e em atividades relacionadas a restauração, meios de comunicação tais como periódicos revistas televisão rádio edição, ensino e formação, telemarketing, publicidade, espetáculo, administração, contabilidade e serviços sociais (CAPARRÓS, 2009, p. 129).

Observa uma tendência de alguns países da União Europeia em incluir o “trabalho economicamente dependente” como uma categoria do trabalho autônomo, sendo essa a posição de países como Itália, Alemanha, Reino Unido, enquanto que a Áustria, Dinamarca, Finlândia, França, Grécia, Irlanda, Noruega e Portugal debatem sobre a inclusão de medidas legais relativas aos trabalhadores economicamente dependentes, apesar de tais países sequer possuírem um conceito jurídico determinado desse tipo de trabalho. Na Bélgica, Luxemburgo, Espanha e Suécia, não existe definição nem discussão sobre o assunto (CAPARRÓS, 2009, p. 129).

Apresenta quatro propostas que são debatidas, no âmbito da união europeia, sobre a insuficiência de proteção dos trabalhadores economicamente dependentes. São elas: (i) Aplicação dos princípios gerais do direito civil, especialmente o da boa-fé contratual os quais

43 El total de teletrabajadores dentro de la Unión Europea ha alcanzado los 10 millones de personas en el año 2000, lo que representa, a esa fecha el 6% de los empleados de Europa. En tanto que, en 1999, en los Estados Unidos. “de una población activa de 125 millones de trabajadores, alrededor de 16 millones, es decir, el 12,9 por 100, teletrabaja” (CAPARRÓS, 2009, p. 117).

deveriam ser aplicados aos trabalhadores economicamente dependentes; (ii) instituição de uma nova categoria jurídica dos trabalhadores da zona grise para ampliar a proteção através da legislação e da jurisprudência; (iii) redefinição (ampliação) do conceito de subordinação jurídica de forma o mesmo corresponda às modificações do contexto socioeconômico contemporâneo. O objetivo desta opção seria impedir a extensão da “aparente autonomia” e fomentar uma “autonomia real” – segundo o autor esta proposta não conta com muito apoio em função de uma percepção de que ela poderá provocar uma ampliação excessiva do conceito de subordinação, e; (iv) criação de um núcleo duro de direitos sociais que seriam aplicados a todos os contratos de trabalho independente de sua classificação (subordinados / autônomos) – segundo o autor esta é a perspectiva adquire cada vez mais apoio na doutrina comunitária (CAPARRÓS, 2009, p. 132-133).

Já Raúl Horacio Ojeda, o doutrinador argentino, analisa as novas fronteiras do Direito do Trabalho sob a perspectiva do que ele chama de “crise de identificação dos sujeitos a proteger”. Afirma que, em muitos casos, o conceito de subordinação tradicional não serve para enquadrar as relações de trabalho contemporâneas, exigindo-se a implementação de novas regras não de modo objetivo, mas, *“...esta necesidad adicional surge del hecho irremediable del desajuste de la “matriz de referencia, construida desde la abstracción de notas típicas y clásicas, que dan hoy un figurín de un trabajador subordinado que hoy no refleja necesariamente al sujeto que necesita protección”* (OJEDA, 2009, p. 168-169).

A tecnologia apresenta-se como um

fator importante na medida em que os meios de comunicação tornam prescindíveis a presença do trabalhador no estabelecimento, transformando qualquer lugar distante num posto de trabalho. Assim, não só se dificulta o enquadramento como se desagrega a relação de trabalho, fragmenta-se a sua organização e diversifica a sua existência e se divide a sua ação coletiva (OJEDA, 2009, p. 173).

Para ele, o *pós-fordismo* trouxe uma concepção de trabalho em planta empresarial magra ou mínima, no qual o teletrabalho, por exemplo, se enquadra perfeitamente. Esse tipo de trabalhador se depara com novas ferramentas e máquinas de trabalho, que requerem de si uma manutenção complexa e personalizada, por especialistas técnicos cuja qualificação contratual depende da decisão exclusiva da empresa. Diz que a jurisprudência tem acertado ao classificar como subordinados aqueles aos quais forem ofertados ou não a permanência no estabelecimento. (OJEDA, 2009, p. 172-173).

Impactos do teletrabalho na saúde do trabalhador

A subordinação jurídica no teletrabalho não é mais tênue, como faz crer o legislador ao inserir este tipo de trabalho nas exceções do art. 62 da CLT, excluindo-o do controle de jornada. As evidências empíricas demonstram o inverso: o controle do empregador no teletrabalho é mais acentuado. É exercido através de câmeras, microfones, e registros de *logon* e *logoff* nos sistemas empresariais.

As corporações utilizam-se da tecnologia para aumentar o controle sobre os

trabalhadores, através da instalação de câmeras no ambiente de trabalho, monitoramento de informações processadas, recebidas e enviadas através de computadores e *smartphones*, instalação de *softwares* que registram minuciosamente a produtividade, etc. Tudo isso acentua o seu poder diretivo e amplia a subordinação do empregado.

No *pós-fordismo*, eles são vigiados diuturnamente por suas chefias. O poder diretivo do empregador subverteu o paradigma espacial da relação de trabalho, antes adstrita ao espaço físico empresarial e ao comando de um chefe específico, identificado. Não se submete mais aos muros das corporações e invade a vida privada dos trabalhadores. O poder disciplinar é exercido de maneira ainda mais eficiente e doloroso para o empregado.

O paradigma temporal também foi subvertido. Já não se pode mais falar em jornada de trabalho, nos termos da teoria jurídico-trabalhista clássica, após o advento das novas tecnologias comunicacionais. Os *smartphones* propiciam a conexão, a qualquer tempo, do chefe para o seu subordinado. E o que é pior, as demandas devem ser respondidas imediatamente, independente do horário. Está sepultado o conceito clássico de jornada de trabalho.

Como a dependência econômica do trabalho ao capital persiste, no capitalismo cognitivo, o poder diretivo do empregador e, conseqüentemente, a subordinação jurídica do empregado, são potencializados pelas novas ferramentas comunicacionais. Como adiantado, o *notebook* e o *smartphone* estabelecem conexões instantâneas entre o capital e o trabalho, facilitando o exercício de controle e

de opressão.

O empregado não precisa mais, necessariamente, trabalhar na sede da empresa. É possível se trabalhar em casa, no carro, no metrô, no trem, e até nos aviões, por meio de um computador ou *smartphone*, ligado à internet. Não há como se esconder dos olhos do capital. Os motoristas são controlados pelos *GPS* instalados nos seus veículos e qualquer trabalhador que se utiliza de um telefone celular também é rastreado. Como se comporta a subordinação jurídica nesse novo cenário?

O teletrabalho, à primeira vista, pode parecer incompatível ao conceito de subordinação jurídica, mas não é. A dependência econômica do trabalho ao capital persiste no capitalismo cognitivo. Sendo assim, a subordinação jurídica permanece ainda com mais vigor, independente da nova formatação da relação de trabalho.

Por outro lado, as atividades desenvolvidas à distância são susceptíveis de efetivo controle de tempo de trabalho, através dos sistemas informacionais fiscalizadores. É possível verificar precisamente o tempo dispendido e a produtividade do trabalhador em suas atividades diárias.

Os softwares de computador monitoram cada passo dos usuários dos sistemas, propiciando absoluto controle do capital sobre o trabalho. Como se vê, as novas modalidades de trabalho desencadeiam ainda mais controle e o trabalhador sofre ainda mais cobranças, através da sua chefia e da própria máquina.

A doutrina juslaboralista italiana já questionou a subordinação jurídica no contexto do teletrabalho, tentando qualificá-la na

espécie da parassubordinação. A ideia é que esta modalidade de trabalho possui um grau de autonomia relacionada ao fato de o trabalhador não estar fisicamente presente na empresa. Tal raciocínio não se sustenta, uma vez que, como demonstrado, o poder diretivo do empregador se acentua com o desenvolvimento tecnológico e não o contrário.

No que se refere ao teletrabalho, o controle da produtividade do trabalhador, bem como de seus horários, é efetivado independente do local em que ele esteja exercendo suas atividades. Nada é capaz de fugir do olhar digital.

Em resumo, na era informacional que, aparentemente, gera mais liberdade, se identifica ainda mais o poder de comando e o aumento da subordinação. Verifica-se, por outro lado, o surgimento de inúmeras e até então desconhecidas enfermidades profissionais – em que se pontifica a lesão por esforço repetitivo – além de formas variadas de danos e assédios morais.

A má utilização do desenvolvimento tecnológico pelo capital afeta direta e negativamente a saúde do trabalhador. Aquilo que poderia parecer benéfico, à primeira vista, é bastante danoso à saúde física e mental dos trabalhadores.

Os computadores e a automação estão penetrando rapidamente na área de serviços – especialmente nos bancos e grandes escritórios – mas está também penetrando na indústria. O impacto das novas tecnologias repercute sobre a organização do trabalho e traz consigo novas causas de agravos à saúde geral, provocando acréscimos de tensão, fadiga e sofrimento mental (SILVA, TUNDIS, & COSTA, 2001, p. 252)

Edith Seligmann Silva, pesquisadora e professora do Departamento de Ciências Sociais da Escola Nacional de Saúde Pública da Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, em seus estudos sobre o impacto da tecnologia da informação na saúde dos trabalhadores, identifica efeitos do uso dos computadores sobre a tensão muscular, o esforço visual e a tensão psíquica. Além de distúrbios do sono, tendências depressivas e utilização de estereótipos de informática na vida extralaboral, entre outras consequências. (SILVA, TUNDIS, & COSTA, 2001, p. 252)

A Regulamentação do Teletrabalho pela Reforma Trabalhista

Com a aprovação a Reforma Trabalhista, o teletrabalho passa a ser regulamentado pelos artigos novos arts. 75-A, 75-B, 75-C, 75-D e 75-E. Espera-se que eles tragam maior segurança jurídica para esse tipo de relação trabalhista e, assim, abram espaço para sua utilização em escala no nosso país. Assim,

“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” (art. 75-B)

Embora, à primeira leitura, possa parecer que o legislador preocupou-se em diferenciar os conceitos de teletrabalho e trabalho externo com objetivo de protegê-lo, na verdade não o fez. O novo inciso III do art. 62 inseriu “os empregados em regime de teletrabalho” entre os eximidos de controle de jornada.

É lamentável que o legislador nacional

tenha ignorado as evidências empíricas, demonstradas neste artigo, no sentido de que os novos meios de comunicação acentuam o controle da jornada. Facilitam, sobremaneira, e promovem doenças de cunho psicológico. Tudo o que se comprova pelas estatísticas fornecidas pelo próprio INSS sobre o aumento da concessão de benefícios dessa natureza.

Não estando sujeito a controle de ponto, o empregado deixa de receber o adicional pelas horas extras mesmo com a evidência de que os seus horários serão controlados à exaustão pelo seu empregador. É a institucionalização da captura da subjetividade pelo capital, como narrado por (DEJOURS, 1992), já que se permite a exploração máxima do empregado, sem limitação alguma da sua jornada de trabalho.

Cuidou ainda de garantir que a ida do trabalhador as dependências do empregado durante a sua jornada para exercer alguma atividade específica como treinamentos ou reuniões, não descaracteriza o regime de teletrabalho e a consequente dispensa pelo pagamento dessas horas. É o que se depreende da não casual expressão “preponderante” no art. Art. 75-B,

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

O art. 75-D retira a obrigação do empresário em fornecer as ferramentas de trabalho ao seu empregado. Poder-se-á indicar,

no Contrato de Trabalho, a “*responsabilidade pela aquisição, manutenção e fornecimento dos equipamentos tecnológicos e infraestrutura necessária à prestação do trabalho*”. Não é preciso muito esforço intelectual para imaginar sobre quem recairá o ônus pela aquisição e manutenção dos equipamentos e despesas do empregado na execução do seu próprio trabalho. O encargo certamente recairá sobre o lado mais fraco da relação, o do empregado

Trata-se de uma descarada transferência de custos e os riscos inerentes à atividade econômica ao empregado, sem que, no entanto, o empregado participe do lucro.

Vale pontuar que, na nova normativa, a opção pelo teletrabalho não é irretratável. Faculta-se ao empregado migrar do regime de teletrabalho para o presencial e vice-versa, desde que haja anuência do empregador. Exige-se aditivo contratual com aviso prévio de 15 dias para adaptação. A referida faculdade do empregado, em se tratando de relação trabalhista, evidentemente, é questionável. A lei indica uma suposta liberdade na negociação mas a desigualdade da relação social permanece. Assim, a sujeição do trabalhador ao capital sobre a modalidade de trabalho restará intacta.

Por fim, a lei limita a responsabilidade do empregador a “*instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho*” (art. 75-E), mas como se pode garantir que o trabalhador disporá de um ambiente de trabalho seguro e saudável, se o empregador não está a obrigado a fornecê-lo? Deverá ele mesmo, o empregado, arcar com os

custos relacionados a medicina e segurança do trabalho? A resposta é sim.

Como se disse, não resta dúvida que o novo texto consolidado é prejudicial aos trabalhadores. Está na contramão das evidências empíricas sobre o mundo do trabalho e os impactos das novas tecnologias da informação e da comunicação. Há um claro descompasso entre a normatização flexibilizadora e a prática assediadora e exaustiva viabilizada pela telemática. Resta apenas a esperança de que mediante questionados judiciais, tais aberrações possam ser contidas.

1 Bibliografia

- ALOY, V. D. (2009). Consideraciones acerca de los enfoques regulatorios del teletrabajo. Em A. E. VIOR (Ed.), *Teletrabajo, parasubordinación y dependencia labora* (p. 30). Buenos Aires: ERREPAR.
- BARROS, A. M. (2016). *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr.
- BRASIL. (15 de dezembro de 2011). *Lei 12.551*. Brasília: DOU de 16.12.2011.
- CAPARRÓS, F. J. (2009). La parasubordinación, Origen, alcance y prospectiva. Em A. E. VIOR (Ed.), *Teletrabajo, parasubordinación y dependencia laboral*. Buenos Aires: Errepar.
- CARVALLO, R. H. (2009). A modo de introducción. Em A. E. VIOR (Ed.), *Teletrabajo, parasubordinación y dependencia laboral*. Buenos Aires: Errepar.
- DEJOURS, C. (1992). *A Loucura do Trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho*. São Paulo: Cortez.
- ENGELS, F. (2013). Sobre o papel do trabalho na transformação do macaco em homem. Em R. ANTUNES (Ed.), *A Dialética do Trabalho*. São Paulo: Expressão Popular.
- FRANÇA. (2017). *Code du travail*. Le service public de la diffusion du droit. Paris: L'article L. 2242-8 .
- GALANTINO, L. (2015). *Diritto del lavoro*. Torino: G. GIAPPICHELLI EDITORE.
- GARCIA, G. F. (2012). *Curso de Direito do Trabalho* (6ª Ed. ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- KURZ, R. (1996). *O colapso da modernização: da derrocada do socialismo de caserna à crise da economia mundial*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- LEITE, C. H. (2015). *Curso de Direito do Trabalho* (6ª Ed. ed.). São Paulo: Saraiva.
- MARTINS, S. P. (2014). *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas.
- NAVES, M. B. (2014). *A questão do Direito em Marx*. São Paulo: Outras Expressões.
- OJEDA, R. H. (2009). Nuevas fronteras del derecho del trabajo: La crisis de las noras de la dependencia. Em A. E. VIOR (Ed.), *Teletrabajo, parasubordinación y dependencia laboral*. Buenos Aires: Buenos Aires.
- PASSARELLI, G. S. (2015). *Diritto dei Lavori e Dell'occupazione*. Torino: G.GIAPPICHELLI

EDITORE.

PORTUGAL. (2009). *Lei n.º 7/2009*. Lisboa: Assembleia da República de 12 de Fevereiro de 2009.

POSTONE, M. (2014). *Tempo, trabalho e dominação social: uma reinterpretação da teoria crítica de Marx*. São Paulo: Boitempo.

PROIA, G. (2016). *Manuale di diritto del lavoro*. Padova: CEDAM.

SILVA, E. S., TUNDIS, S. A., & COSTA, N. d. (2001). *Cidadania e Loucura: Políticas e Saúde Mental no Brasil*. Petrópolis: Vozes.