

O TELETRABALHO: IMPORTÂNCIA, CONCEITO E IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

José Affonso Dallegrave Neto

1. Conceito e contexto do teletrabalho

O prefixo grego ‘tele’ significa a distância. Teletrabalho é, pois, qualquer forma de trabalho realizado à distância da empresa ou de uma de suas unidades de produção. A OIT conceitua-o assim:

“o teletrabalho é a forma de trabalho realizada a partir de um lugar distante da empresa e/ou estabelecimento, que permite a separação física entre o local de produção ou de execução da prestação de trabalho e o local onde funciona a empresa, mediante recurso de tecnologias que facilitam a informação e a comunicação” (telemática)

Hoje o trabalho à distância veio para ser implementado no mundo afora. E não tem volta, pois esta nova espécie de organização do trabalho encontra-se na onda pós-moderna de trabalho fragmentado e de fissura por velocidade, nanotecnologia ou engenharia molecular, a qual procura transmitir informação a partir do menor elemento possível. Eis as características do teletrabalho: realizado



à distância,
fragmentado,
remunerado por

resultado útil, digitalizado e monitorado pelo uso da telemática.

Importa esclarecer que a expressão telemática nasce da combinação da telecomunicação com a informática. Assim, são exemplos: a internet, a intranet, a webcam, o celular, o Skype, o WhatsApp, o Viber, a teleconferência, o Msn, dentre outros. São, pois, todos os serviços de transmissão de informação à distância - texto, imagem e som - que se utilizam da telecomunicação (telefonia, fax, fibras óticas, satélite) e da Informática (PCs, softwares, redes). Logo, chega a ser pleonasma dizer: “meios telemáticos e informatizados”.

Para se compreender a importância e o contexto do teletrabalho, faz-se mister compararmos os modelos de produção capitalista, clássico e pós-industrial. Ambos são traduzidos por duas grandes fábricas de automóveis. O primeiro é também chamado fordista, encetado na década de 1930, e o segundo toyotista, iniciado nos anos de 1950, altera as bases do primeiro ao introduzir a produção flexível.

Algumas diferenças entre a linha de produção fordista e a toyotista merecem ser destacadas para melhor compreensão.

Na estrutura fordista o trabalho é fragmentado sendo construído em série e

.....
José Affonso Dallegrave Neto

Mestre e Doutor em Direito pela UFPR, advogado; Professor da Ematra-IX, PUC, LFG e Unicuritiba e Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho

sem grandes modificações de seus modelos *standard*. A produção é estocada e a empresa é verticalizada, controlando todas as áreas e fases da produção num único local geográfico, desde a matéria-prima até o transporte dos seus produtos. Quanto maior a empresa, melhor (“the big is beautiful”). O gerenciamento e o controle de qualidade estão centralizados na pessoa de um superior hierárquico.

No toyotismo a produção é sob medida (*just-in-time*), de acordo com a demanda e exigências do consumidor. Não há sobra e, portanto, não há necessidade de estocagem, o que diminui custo. As empresas são horizontalizadas, terceirizando e subcontratando a maior quantidade possível de setores da produção (“the small is beautiful”). No toyotismo o trabalhador é polivalente e versátil, devendo estar apto a operar várias máquinas e a desempenhar múltiplas funções simultaneamente. As tarefas múltiplas são também repetitivas, rápidas e ainda mais estressantes do que o fordismo, em face da maior responsabilidade e menor porosidade da jornada de trabalho. Passa-se a implantar os CCQs - círculos de controle de qualidade - e os CQTs - controles de qualidade total -, ficando os próprios grupos de empregados incumbidos da fiscalização mútua, desaparecendo a figura do gerente presencial como superior hierárquico.

Por último, importa lembrar que enquanto no fordismo a integração dos trabalhadores na economia capitalista se dava através do consumismo ensejado pelo aumento de salário, no toyotismo a situação é diferente: não há qualquer compensação ou atrativo para a classe trabalhadora que progressivamente tem seus proventos aplacados. O desemprego estrutural e a precarização do trabalho são marcas dos novos tempos do mundo do

trabalho¹.

A subordinação jurídica, elemento essencial para identificar a relação de emprego, altera-se ontologicamente no traspasse destes modos de produção. Pode-se dizer que estamos vendo uma mudança de comportamento e controle do trabalho realizado; de forma emblemática podemos dizer que saímos do controle da prancheta e chegamos ao monitoramento via tablets (Ipad).

Assim, se antes o chefe era pessoalmente identificado e tinha um controle presencial, assinalando tudo que via em sua velha prancheta; hoje o controle e a fiscalização são feitos à distância com recursos telemáticos. É, pois, de um lado o trabalhador preenchendo os dados em seu tablet ou smartphone e de outro o chefe, à distância, dentro da empresa, fiscalizando, também através de um PC, *tablet* ou smartphone, o trabalho de seu empregado ou parceiro, nomeadamente o seu resultado útil.

Esta é a realidade de hoje. Tudo rápido, digital e controlado à distância. Com a tecnologia que temos à disposição é possível um monitoramento mais intenso e efetivo do que aquele presencial e visual. Hoje temos *softwares* que controlam o momento exato em que o PC foi ligado, desligado e quantos toques foram dados no teclado. Também é possível, com o uso de uma *webcam* e programas como o do Skype, filmar integralmente o trabalhador à distância. A possibilidade de controle e aproximação é tamanha que a preocupação

.....
1 Sobre o tema consultar: MELLO, Prudente José Silveira. Globalização e reestruturação produtiva do fordismo ao toyotismo. In: Globalização, Neoliberalismo e o mundo do trabalho. Curitiba, Edibej, 1998, pág. 273 e 274.

jurídica já atinge outra seara, a dos limites de invasão à privacidade e intimidade do trabalhador.

1. Relação de emprego. Elementos caracterizadores e revisitados.

Por *relação de trabalho* pode-se dizer qualquer liame jurídico que tenha por objeto a prestação de serviço de um determinado sujeito, pessoa física ou jurídica, a um determinado destinatário. A categoria é ampla e abrange inúmeras espécies, tais como a empreitada, o locador de serviço, o artífice, o trabalho prestado por profissional liberal, o trabalho avulso, o serviço eventual e autônomo, o temporário, o representante comercial, o funcionário público e, também, o trabalho do empregado subordinado, dentre outros.

A *relação de emprego* é espécie do gênero *relação de trabalho* e corresponde à prestação de serviço subordinado por uma determinada pessoa física. O elemento *subordinação* é, pois, indissociável da relação de emprego.

Consoante lição de Russomano, a natureza da relação de emprego “é a própria natureza da dependência imposta ao empregado”². A partir daí, três teorias propõem explicar o elemento *subordinação*.

A primeira, a teoria da *dependência econômica*, assevera que a vinculação do empregado ao empregador dá-se pelo fato de o primeiro ter como fonte de renda o pagamento do serviço feito pelo segundo. A despeito da debilidade deste silogismo, vez que nem sempre o empregado depende de determinado

2 RUSSOMANO, Mozart Victor. O empregado e o empregador no Direito Brasileiro. Vol.1. p. 111.

salário para a sua sobrevivência³, a teoria passa a ter relevância em face da necessidade de reconceituarmos a subordinação a fim de atender as novas figuras contratuais surgidas pelo avanço tecnológico⁴.

A segunda teoria é a da *dependência técnica* do empregado em relação ao seu empregador. Mais uma vez esta posição doutrinária não convence. Sabe-se serem frequentes os casos de profissionais que possuem maior habilitação técnica que seus próprios empregadores e nem por isso perdem a condição jurídica de empregado subordinado⁵.

Já a teoria da *dependência hierárquica*, ou da *subordinação jurídica*, é a universalmente aceita nos países que têm legislação trabalhista. Para os seus sequazes, o obreiro está vinculado às ordens do empregador, através do poder de comando criado por lei. Segundo Cabanellas este poder subdivide-se em: “a) mando y de dirección; b) organización; c) fiscalización; d) disciplina”⁶. Quanto a este poder de disciplina, registre-se a observação de Aldacy Coutinho: “Ao contratar, aceita o empregado que sua força de trabalho seja dirigida; mas não a sua pessoa. Aceita a direção, mas não a punição”⁷.

3 Imagine-se, por exemplo, um médico que duas vezes por semana à noite leciona numa determinada faculdade de medicina, sua empregadora. Ora, o simples fato de o salário de professor não ser decisivo para a sua subsistência, não afasta a relação de emprego existente.

4 FERNANDES, Antonio Monteiro. Sobre o objecto do direito do trabalho. *In*: Temas laborais, Coimbra, 1984, pág. 44.

5 A propósito são os casos de *administradores de empresas* com CTPS assinada. Apesar do conhecimento técnico e decisivo para os rumos da empresa, não deixam de ser subordinados aos proprietários dessas entidades.

6 CABANELLAS, Guillermo. Tratado de Derecho Laboral. Tomo II, Vol. 1, Buenos Aires: Heliasta, 1998, p. 171.

7 COUTINHO, Aldacy Rachid. Poder punitivo



Chama-se *jus variandi*, o poder patronal de direção sobre a atividade do empregado. Frise-se: direção sobre a *atividade*, jamais sobre a pessoa do empregado e, ainda assim, desde que oriunda de real necessidade de serviço⁸. Esta *subordinação jurídica* decorre da lei, artigos 2º e 3º da CLT, afetando tão somente a zona de irradiação do contrato de trabalho. Logo, onde o contrato de trabalho deixa de produzir efeitos, cessa a subordinação patronal.

Consoante já foi esquadrinhado, tais pressupostos se mitigaram, sobretudo pela mudança do paradigma da produção, antes rígida (fordismo), agora flexível (toyotismo). Faz-se mister cotejar as principais nuances dos requisitos da relação de emprego, tradicionalmente consagrados na sociedade industrial, e se os mesmos dão conta das novas figuras exurgidas na atual sociedade pós-industrial.

Conforme assinala Jéfferson Ramos Brandão, “as novas características da atual sociedade revelam o obsolescimento dos elementos de identificação da figura jurídica do empregado”, sendo que as “novas figuras contratuais e transformações dos tradicionais modelos de prestação de serviços desafiam o

trabalhista. SP: LTr, 1999, pág. 202.

8 A título de exemplo, de que o *jus variandi* encontra-se jungido à real necessidade de serviço, registre-se a dicção da Súmula 43 do TST acerca da transferência considerada abusiva, quando fora deste limite.

antigo modelo normativo”⁹. Por ora, assinala o autor, “a maleabilização dos conceitos dos artigos 2º. e 3º., da CLT, conforme cada caso específico, e a utilização prática dos princípios que regem o Direito Laboral, poderão orientar as atitudes dos intérpretes, que devem evitar uma concepção puramente economicista do contrato individual do trabalho, garantindo a consagração do trabalhador como ser humano e como cidadão”¹⁰.

Destarte, urge examinarmos os requisitos essenciais da relação de emprego previstos no ordenamento jurídico positivo¹¹, à luz das inovações tecnológicas. São eles: a) atividade pessoal; b) serviço contínuo; c) onerosidade; e, d) subordinação. Após, comentaremos os requisitos não-essenciais, contudo suplementares à configuração do liame de emprego: a) exclusividade e b) *animus contrahendi*.

2.1. Atividade pessoal

A *atividade pessoal* se limita à figura do empregado. Não se admite que o prestador do serviço constitua uma pessoa jurídica ou entidade coletiva. O empregado há que ser

sempre uma pessoa física. E mais que isto: deve adimplir sua obrigação de forma pessoal.

Na prática, verifica-se inúmeras figuras fraudulentas que, a despeito do aspecto formal sinalizar para pessoas jurídicas – *vg*: firma individual, empresa de representação comercial – retratam, na realidade, a contratação de pessoas físicas dissimuladas em empresas ardilosamente abertas por imposição da empregadora-contratante como forma de mascarar a relação de emprego. Neste caso, em face do princípio da primazia da realidade sobre a forma, a nulidade decorrente da *fraus legis* deverá ser declarada, com o conseqüente reconhecimento do vínculo empregatício.

O caráter *intuito personae* da prestação do empregado é essencial não só em face da fidúcia que norteia o liame empregatício, mas, sobretudo, porque o empregador, quando celebra o contrato de trabalho, objetiva a prestação de serviço daquele determinado empregado ou grupo de empregados como no caso das novas figuras de trabalho partilhado ou *job-sharing*. Nestas hipóteses (de trabalho partilhado) a personalidade é mitigada, contudo não chega a desaparecer, vez que somente aqueles empregados especificados para a partilha da vaga de emprego poderão prestar o serviço.

O mesmo se diga nos chamados trabalhos à distância, quando se constata a prestação do serviço por outro membro da família ou colega do empregado. Conforme assinala, Sérgio Torres Teixeira, “desde que não haja oposição do empregador e a exceção não se torne regra, torna-se necessário vislumbrar tal situação fática com uma consequência natural das novas formas de trabalho, sem retirar do empregado hipossuficiente o escudo protecionista das

9 BRANDÃO, Jéferson Ramos. Contrato de trabalho na sociedade pós-industrial e a necessidade de revisão dos requisitos da relação de emprego. In: Direito do Trabalho Contemporâneo. Flexibilização e efetividade. Coord: José Affonso Dallegrave Neto. SP: LTr, 2003, pág. 64.

10 Idem. Ibidem.

11 As doutrinas nacional e alienígena são pacíficas na fixação dos elementos caracterizadores da relação de emprego. O direito pátrio apresenta-os nos artigos 2º. e 3º. da CLT. Registre-se que, no mesmo diapasão do art. 3º. da CLT, o art. 2.094 do Código Italiano dispõe: “é empregado aquele que se obriga, mediante retribuição, a colaborar na empresa, prestando trabalho, intelectual ou manual, na dependência e sob a direção do empresário.”

normas da legislação trabalhista consolidada”¹².

A rigor, o obreiro contratado é insubstituível na relação jurídica de emprego. Contudo, em casos excepcionais é possível admitir a substituição eventual do empregado-contratado, desde que expressamente autorizado pelo empregador.

Quanto ao empregador, é cediço, tanto pode ser pessoa física, quanto jurídica. O conceito de empregador é mero reflexo do conceito de empregado, vez que por empregador temos todo aquele que admite e dirige a prestação pessoal de empregados.

2.2. Serviço contínuo:

Por serviço *contínuo*, elemento caracterizador da relação de emprego, entenda-se aquele prestado de forma periódica, ou seja, com o compromisso de renovação em períodos regulares e predeterminados. *Contrario sensu*, o trabalhador que labora de forma esporádica ou fortuita para inúmeras empresas é considerado *eventual*, sem nenhum direito trabalhista, vez que ausente a caracterização do vínculo de emprego com qualquer uma das entidades que utiliza seu serviço.

Paulo Emílio de Vilhena leciona que o caráter transitório e acidental do trabalho eventual faz com que não seja necessário admiti-lo como serviço de exigência do tomador e, “em razão de sua *acessoriedade*, não ocorre a integração técnica da atividade do trabalhador na atividade da empresa”.¹³ Por fim, arremata

afirmando que “mesmo prestando serviços sob dependência e mediante salário, o trabalhador deixará de ser empregado, caso sua prestação de serviços tenha caráter eventual”.¹⁴

Em face da discrepância doutrinária acerca desse elemento, insta registrar o critério da *essencialidade da atividade prestada*, proposto por Orlando Gomes: “o trabalho eventual ou ocasional propriamente dito é aquele que é exigido em linha absolutamente temporária ou transitória, cujo exercício *não se integra na finalidade da empresa*”¹⁵. Por conseguinte, a relação de emprego versa sobre trabalho não-eventual, ou seja, aquele inserido na essência da atividade empresarial.

O critério da essencialidade da atividade prestada é adotado pelo inciso III da Súmula 331 do TST, quando declara legítima a terceirização de serviços especializados da atividade-meio, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta com a empresa tomadora. Daqui deduz-se que, *contrario sensu*, incidindo a terceirização sobre a atividade-fim do empregador ou ainda estando presentes a prestação pessoal e direta do empregado à empresa-tomadora, o vínculo deverá ser declarado com esta e não com a empresa de serviço temporário que apenas formalizou a contratação.

Sobre o tema *prestação de serviço não-eventual a um mesmo empregador*, registre-se a figura do consórcio de empregadores rurais¹⁶

e 179.

14 Idem. *ibidem*.

15 GOMES, Orlando. GOTTSCALK, Elson. Curso de Direito do Trabalho. 4ª. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 89.

16 Previsto inicialmente na Portaria n. 1964 de 1/12/99 do MTE e, posteriormente, pelo art. 25-A, da Lei 10.256/01.

12 TEIXEIRA, Sérgio Torres. O novo modelo de relação de emprego – repercussões das inovações tecnológicas sobre os elementos estruturais do vínculo empregatício. SP: Revista LTr n. 60, 10/96, pág. 1310.

13 VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de Emprego: estrutura legal e supostos. SP: LTr, 1999, p. 178

que, sem prejudicar a integralidade do acervo jurídico-trabalhista do empregado, permite a reunião de empregadores rurais, pessoas físicas, para contratar um único empregado que prestará serviços a todo o consórcio patronal, de acordo com a necessidade e divisão feita pelos empregadores.

Por analogia¹⁷ a esta nova figura prevista no art. 25-A, da Lei 10.256/01, é possível aos empregadores urbanos, agregados em simples consórcios¹⁸ (art. 278 da Lei 6404/76 e § 3º. do art. 28 do CDC), contratar um determinado empregado para prestar serviço a todo o consórcio ou conglomerado de empresas. Tal figura é denominada pelos norteamericanos de *office-sharing*. Neste caso haverá apenas um vínculo de emprego, sem prejuízo dos direitos trabalhistas, os quais serão custeados a critério da divisão proposta pelos integrantes do consórcio, estando todos solidariamente responsáveis, nos termos do art. 265 e 942 do Código Civil. É, pois, o mesmo espírito da Súmula 129, do TST, infra, em relação ao empregado que trabalha dentro da mesma jornada para inúmeras empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico:

“A prestação de serviços a mais de uma

17 Nos termos do art. 8º., da CLT, a analogia é um meio de integração em caso de lacuna da norma trabalhista.

18 Os grupos de coordenação são denominados *consórcios* perante a Lei 6404/76, cujo art. 278 dispõem que se prestam para executar determinado empreendimento, estejam as empresas sob o mesmo controle ou não. O consórcio possui caráter transitório, jungido a um objetivo limitado e com integração precária das empresas integrantes. Contudo, nem por isso deixam de ser solidárias para efeitos da relação de emprego, aplicando-se-lhes a regra do § 3º. do art. 28 do CDC: “as sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código”.

empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário.”

Neste caso de grupo econômico a solidariedade das empresas encontra-se expressamente prevista no § 2º. do art. 2º. da CLT.

Da mesma forma, os contratos de trabalho indeterminado com cláusula de *trabalho intermitente* poderiam, aparentemente, escapar ao reconhecimento da relação de emprego. Contudo, ainda que a periodicidade seja dissipada, estando presentes os demais requisitos (subordinação, pessoalidade e salário), tais trabalhadores estarão protegidos pela CLT, mormente porque a parte final do *caput* do art. 4º. da CLT permite esta modalidade de trabalho.

2.3. Onerosidade

A *onerosidade* é o elemento caracterizador relacionado com a percepção de salário por parte do empregado. O salário, por ter natureza alimentícia, encerra todo um aparato principiológico que lhe protege. Neste sentido são os Princípios Salariais da Irredutibilidade (art. 7º., VI, da CF), da Intangibilidade (art. 462, da CLT), da Impenhorabilidade (art. 649, do CPC), do Crédito Preferencial (art.100, da CF e 449, par. 1º., da CLT). Esta tutela não se aplica às retribuições de serviços autônomos, as quais preveem apenas o direito de receber o *preço* ajustado (art. 389, CC).

Toda relação de emprego há que ser onerosa, não se admitindo, a rigor, a gratuidade da prestação de serviço. Estando, contudo, presentes os demais requisitos da relação empregatícia e ausente apenas o pagamento

salarial, configurar-se-á, em tese, o vínculo de emprego, sob pena de legitimarmos a locupletação do empregador. Com efeito, o empregador não poderá se beneficiar da própria torpeza, alegando a inexistência da relação de emprego ante a falta de salário.

Imagine-se de um lado o empregado que trabalhou durante vários meses de forma subordinada e com a intenção de receber salários. De outro lado, o empregador que, com boa ou má fé, deixou de lhe remunerar. Ora, a simples ausência do elemento onerosidade, neste caso, não pode beneficiar o empregador como *causa* para afastar o vínculo de emprego, salvo em casos excepcionais de labor voluntário e gracioso, quais sejam aqueles motivados por convicção religiosa, cívica ou filantrópica, onde a configuração da relação de emprego torna-se inviável em face do princípio maior da boa-fé e do *animus contrahendi*.

Algumas das características do salário vêm sofrendo alterações em face das inovações propiciadas pela sociedade pós-industrial. Duas delas nos chamam a atenção. A primeira é que, dentro da perspectiva de produção flexível, o pagamento por *tempo à disposição* passa a se constituir exceção e o pagamento por *unidade de obra* ou *tarefa*, doravante transforma-se em regra.

Hoje já é comum a remuneração exclusivamente jungida ao resultado útil do empregado, como, por exemplo, numa empresa de confecção que remunera suas costureiras somente pelas peças perfeitamente confeccionadas ou que preenham rigoroso controle de qualidade. Tal prática chega às raízes do abusivo em face do caráter *forfetário* do salário. Não se pode olvidar que, nos termos do *caput* do art. 2º. da CLT, o risco da atividade

econômica é exclusivo do empregador¹⁹.

Registre-se, outrossim, que a relação de emprego compreende de um lado a obrigação de dar do empregador (remunerar) e, de outro, a obrigação de fazer do empregado (trabalhar). Esta *obligatio facere* é uma típica obrigação de meio, podendo, quando muito, ser mista, jamais uma obrigação exclusivamente de resultado.

A segunda mudança atinge o caráter de *persistência* do pagamento salarial em situações em que não há trabalho por motivos que independem da vontade do empregado. Segundo Gomes e Gottschalk²⁰, este é um traço peculiar do contrato de trabalho, que o distingue claramente dos demais, conforme retrata a primeira parte do *caput* do art. 4º. da CLT, o qual considera de “trabalho efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens”.

Ocorre que dentro das novas figuras contratuais, v.g.: cláusula de trabalho intermitente ou nos casos de *job-sharing*, a característica de pagamento salarial por tempo à disposição é esfacelada, mas nem por isso o vínculo de emprego deixa necessariamente de existir. Ademais, conforme asseveramos anteriormente, a parte final do citado art. 4º. da CLT consigna que é de serviço efetivo o período à disposição do empregador, ainda que aguardando ordens, “*salvo disposição expressamente consignada*”. Logo, o

19 Registre-se, outrossim, que a relação de emprego compreende de um lado a obrigação de dar do empregador (remunerar) e, de outro, a obrigação de fazer do empregado (trabalhar). Esta é uma típica obrigação de meio, podendo, quando muito, ser mista, jamais uma obrigação exclusivamente de resultado.

20 GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. Curso de direito do trabalho. 4ª. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1971, pág. 214.

ordenamento positivo permite a celebração de cláusula especial de trabalho intermitente com remuneração apenas do trabalho efetivo.

2.4. Subordinação

A *subordinação jurídica* é tratada nos Manuais como a contra face do poder hierárquico do empregador em relação às atividades do empregado. Contudo, o conceito mais moderno de subordinação jurídica abrange a concepção objetiva, a qual dispensa o controle direto do empregador para sua caracterização, enaltecendo a inserção estrutural do trabalhador na dinâmica da empresa tomadora dos serviços.

A propósito, Mauricio Godinho Delgado, nesta esteira, observa que: “estrutural é, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na *dinâmica* do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, *mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento*”²¹. Antes dele Paulo Emílio de Vilhena assinalava que a subordinação objetiva consiste na “*participação integrativa da atividade do trabalhador na atividade do credor de trabalho*”²².

Neste sentido caminha a jurisprudência de vanguarda:

VÍNCULO DE EMPREGO. SUBORDINAÇÃO OBJETIVA. “Em determinados casos, a natureza da atividade executada pelo

21 DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 06, p. 667, jun. 2006

22 VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de emprego: estrutura legal e supostos. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 526.

trabalhador (ou a *distância entre o local de trabalho* e o estabelecimento patronal) impedem que a subordinação transpareça com intensidade. Nessas situações o exame da subordinação não pode se limitar à aferição de seu aspecto subjetivo (sujeição funcional do trabalhador ao poder de direção do empregador). É necessário que o julgador investigue também o seu *aspecto objetivo* (integração do trabalhador na organização empresarial). No presente caso, o autor foi admitido para exercer serviço diretamente relacionado à atividade-fim da ré. Tal situação (somada ao fato de que havia empregados que exerciam a mesma função), evidencia que o reclamante era um trabalhador subordinado”. (TRT 9ª R.; Proc. 01280-2003-322-09-00-7; Ac. 20946-2006; 1a. T.; Relª Desª Odete Grasselli; DJPR 18/07/2006)

Não se ignore que o requisito da subordinação jurídica também é visto sob nova ótica nos dias hodiernos. A hierarquia e a fiscalização antes rígidas e centralizadas na pessoa de um gerente, agora, no quadrante da produção flexível, são vistas, muitas vezes, à *distância* e descentralizada da pessoa do superior hierárquico, como é o caso do teletrabalho e demais modalidades de trabalho à distância.

Robortella com apoio em Edoardo Ghera pondera que “a multiplicação de formas laborais não recomenda afastamento, mas sim adaptação. Há que graduar a tutela conforme os níveis de subordinação e dependência, que legitimam um tratamento diferenciado”²³.

23 GUERA, Edoardo, La cuestión de la subordinación entre modelos tradicionales y nuevas proposiciones. Debate Laboral, n. 4, Roma, 1989. *Apud*: Luiz Carlos

Hoje já se fala em *parassubordinação*, neologismo utilizado para traduzir a subordinação mitigada, própria de empregados altamente qualificados ou controlados à distância ou, ainda, das figuras contratuais que residem na zona fronteira entre o trabalho autônomo e a relação de emprego como, por exemplo, o representante comercial e o vendedor praticista. Observa-se, todavia, que a propugnada baliza entre trabalhador subordinado e trabalhador parassubordinado tanto pode servir de supedâneo para uma exegese excludente como para uma nova hermenêutica includente. Senão vejamos.

Para os séqüitos do neoliberalismo, os trabalhadores parassubordinados não devem ser abrangidos pela tutela celetista, vez que somente a subordinação rígida e bem definida é capaz de atrair o manto da tutela trabalhista, conforme interpretação restritiva da norma infraconstitucional (art. 3º. da CLT). Ao contrário, para os operadores jurídicos voltados para uma hermenêutica calcada nos princípios constitucionais de valorização do trabalho, do trabalhador e do pleno emprego (art. 170 e 193 da CF), a tutela jurídica da CLT deve ampliar seu horizonte para acolher as novas figuras contratuais. Logo, nesta acertada perspectiva, tanto os trabalhadores subordinados, quanto os parassubordinados se incluem no objeto do direito do trabalho, em face de uma exegese teleológica e *conforme à Constituição*.

A partir do paradigma toyotista de produção flexível, urge ao operador do direito do trabalho, além de proceder a releitura dos cinco requisitos legais, trazer um novo ingrediente para averiguar a existência da

relação empregatícia. Trata-se do requisito da *alteridade*, ou seja, a relação de emprego deve se caracterizar pelo trabalho prestado por conta alheia. Alonso Olea enaltece a alteridade (*ajenidad*) chegando a dizer que “o trabalho objeto do Direito do Trabalho é o trabalho humano produtivo, *por conta alheia* e livre”.²⁴

O jurista lusitano Antonio Monteiro Fernandes diz que é preciso reconstruir a subordinação sobre os ideais da alteridade e da dependência econômica do empregado. É, em suma, o retorno à antiga dicotomia da subordinação: dependência hierárquica e econômica²⁵.

Ainda, nesta quadra, Sérgio Torres Teixeira observa que atualmente, em face da revolução tecnológica, torna-se necessário definir a subordinação dentro de um plano objetivo: “pela integração do obreiro no processo produtivo empresarial”²⁶.

Como se percebe, o debate acerca deste elemento não pode se dissociar da subordinação jurídica que experimentou uma evolução doutrinária e jurisprudencial no sentido de se ajustar à realidade.

2.5. Exclusividade e “*animus contrahendi*”

Registre-se a presença de mais dois requisitos não-essenciais, contudo

24 OLEA, Manuel Alonso. Introdução ao direito do trabalho. Tradução de C. A. Barata Silva, 4ª. ed., São Paulo, LTr, 1984, pág. 16.

25 FERNANDES, Antonio Monteiro. Sobre o objecto do direito do trabalho. In: Temas laborais, Coimbra: Coimbra, 1984, pág. 44.

26 TEIXEIRA, Sérgio Torres. O novo modelo de relação de emprego – repercussões das inovações tecnológicas sobre os elementos estruturais do vínculo empregatício. SP: Revista LTr n. 60, 10/96, pág. 1312.

Amorim Robortella. O moderno direito do trabalho, SP: LTr, 1994, pág. 48 e 49.

suplementares na investigação da relação de emprego: *exclusividade* e *animus contrahendi*.

Quanto à *exclusividade*, nada obsta que o empregado tenha várias relações de emprego com mais de um empregador²⁷.

Em tempos de supervalorização do conhecimento e de competitividade entre empresas, é comum a existência de cláusulas contratuais de exclusividade ou sigilo da informação obtida no trabalho. Nesses casos, assinala Amauri Mascaro Nascimento, o descumprimento dessas exigências (expressas) poderá configurar justa causa para a dispensa do empregado, mas não prejudicará de modo algum a caracterização do vínculo de emprego.²⁸

Muito comum, também, as cláusulas de *quarentena* aplicadas aos empregados que tiveram treinamento duradouro e qualificado, custeado pela empresa. Neste caso, a empresa, objetivando salvaguardar-se do alto investimento feito sobre o treinamento do empregado contratado, fixa cláusula temporária de abstinência de trabalho às empresas concorrentes, sob pena de se pleitear a restituição do valor investido. A legalidade desta cláusula é controvertida em face do flagrante cerceamento ao direito ao trabalho, previsto no inciso XIII, do art. 5º., e *caput*, do art. 6º., ambos da CF, além do risco da atividade econômica ser exclusivo do empregador, conforme se infere do art. 2º. da CLT. Contudo, considerando-se o princípio maior da lealdade e da boa-fé na execução do contrato de trabalho, permite-se o estabelecimento de cláusulas

desta natureza, desde que razoáveis a fixação do período de quarentena e o valor do reembolso das despesas. Ora, se é permitido a indenização tarifada em caso de rescisão imotivada e antecipada por parte do empregado em contratos a termo, por que razão seria vedada a previsão de razoável cláusula de ressarcimento do prejuízo infligido ao empregador em caso de adrede aproveitamento do conhecimento adquirido para empresa concorrente?

Quanto ao *animus contrahendi*, ou seja a “intenção de ser contratado como empregado”, da mesma forma que a exclusividade, ele não constitui requisito configurador da relação de emprego. A lei é silente e a doutrina o considera apenas como critério subsidiário de aferição do vínculo. Logo, sendo o contrato de trabalho um contrato-realidade, a falta do elemento *animus contrahendi*, por si só, não é decisivo para afastar a configuração da relação de emprego²⁹.

Na nova perspectiva apresentada, em que a caracterização da relação de emprego se dá pela sua simples inserção na estrutura da empresa, a chamada teoria institucionalista que explica a natureza jurídica da relação de emprego ganha relevo, sendo, pois acertada as palavras de Pólo Ato: “la simple circunstancia de que la relación de trabajo presuponga un acuerdo de voluntades no es suficiente para calificarla de contrato, por cuanto este acuerdo de voluntades sólo afecta el encuadramiento en un ordenamiento particular, mientras que

27 Em se tratando de empregado *menor*, atente-se para a limitação contida no art. 414 da CLT.(N.A.)

28 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Teoria geral do direito do trabalho. SP: LTr, 1998, p. 102.

29 Registre-se, no entanto, há casos de violação frontal ao princípio maior da boa-fé como, por exemplo, padre ou pastor religioso que pleiteia vínculo com igreja. Nessas hipóteses imorais, o elemento *animus contrahendi* está aliado à falta de boa-fé e, portanto, pode ser determinante para refutar o reconhecimento da relação jurídica de emprego.

el contenido y la validez del mismo se hallan en um plano rigurosamente superior al de la voluntad de la partes”.³⁰

3. O teletrabalho e sua previsão legal

Após verificar a nova interpretação que deve ser conferida aos requisitos da relação de emprego, passa-se a análise da hodierna forma de trabalho à distância.

A figura do teletrabalhador, ou trabalhador remoto, em boa hora foi recepcionada pela legislação trabalhista pátria. A Lei n. 12.551/2011 deu nova redação ao art. 6º da CLT para constar:

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.

Diante desta nova dicção legal surgiram duas correntes. Uma, restritiva, afirma que a Lei 12.551/2011 deu um *update*; outra, ampliativa, sustenta que houve um *upgrade* na ordem legal. Examinemos as duas vertentes.

30 POLO, Ato. Del contrato a la relación de trabajo, *In: Revista Derecho Privado*. Madrid, 1941. p. 80. *Apud* Mario L. Deveali. *El derecho del trabajo*. Tomo I.p. 151.

a) Teoria Restritiva

Os sequazes desta corrente defendem que nada mudou e que o controle por meios telemáticos não faz presumir a subordinação jurídica. Sustentam que o vínculo de emprego continua se caracterizando apenas com a presença de todos os pressupostos da relação de emprego, mormente o controle direto e presencial do superior hierárquico. Esta corrente apoia-se mais na parte final do *caput* do art. 6º da CLT, ignorando o seu parágrafo único.

b) Teoria Ampliativa

Os adeptos desta corrente, a qual nos filiamos, sustentam que a lei não contém palavras ociosas e a *mens legis* acena para um *upgrade*; do contrário de nada adiantaria a inovação legal. Esta corrente apoia-se mais na redação do parágrafo único que complementa o *caput* do aludido art. 6º da CLT.

Conforme será verificado adiante, o TST, ao alterar o sentido da Súmula 428, que trata das horas de sobreaviso, deixou clara a sua posição ampliativa. E nem poderia ser diferente, pois o novo art. 6º da CLT, e seu parágrafo, equipara o controle por meios telemáticos ao controle direto e presencial. Logo, se há controle telemático, presume-se a subordinação jurídica do trabalhador.

A propósito, transcreva-se o oportuno comentário de José Eduardo de Resende Chaves Júnior³¹.

31 CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende. “Dispositivos móveis dão direito a horas de sobreaviso: superação da Súmula 428/TST”. Disponível em www.trt3.jus.br

“A consequência dessa ‘equiparação’ (do controle telemático aos meios pessoais e diretos) incide justamente nos mecanismos de comando, controle e supervisão do trabalho subordinado, isto é, trata-se de incidência sobre todos os ‘efeitos’ da relação de emprego, e não apenas sobre os seus fatores constitutivos.

A ementa da Lei 12.551 é inclusive taxativa a respeito, ao esclarecer que o referido dispositivo tem por objetivo, in verbis: “equiparar os ‘efeitos’ jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos” (grifo nosso).

O que não havia era o reconhecimento - jurisprudencial - de que os meios telemáticos e informatizados se equiparavam aos meios pessoais e diretos. Isso é a novidade. E essa novidade é que deve ser ressaltada na interpretação, e não que a Lei 12.551/2011 tenha sido editada para chover no molhado”.

Ainda assim, para caracterizar relação de emprego do teletrabalhador, faz-se necessário sopesar, em conjunto, outros fatores, nomeadamente a alteridade, a dependência econômica e o caráter integrativo do empregado na rotina do tomador. Também é preciso esquadrihar o risco da atividade econômica, ou seja, é preciso saber quem fornecia o PC e a plataforma de trabalho e quem realizava o pagamento das despesas do teletrabalhador.

Assim, caso fique demonstrado que o teletrabalhador realizava tarefas em proveito de outrem, com sensível dependência econômica e tendo suas despesas pagas pelo tomador, não restará dúvidas de que se está diante de uma relação de emprego, ainda que este empregado trabalhe à distância e seja controlado apenas pela via telemática.

A relação de emprego formou-se diretamente com a ré, que comandou, embora à distância, as atividades da

empregada, atividades essas essenciais ao cumprimento dos fins sociais da empresa, e realizadas de forma pessoal, contínua e remunerada. Não há como deixar de reconhecer a conduta ilegal da promovida ao contratar prestadores de serviços para suas atividades-fim, sem admitir vínculo empregatício direto, caracterizando uma manifesta terceirização fraudulenta. (...) (TRT 7ª R.; RO 761-69.2010.5.07.0031; Primeira Turma; Relª Desª Rosa de Lourdes Azevedo Bringel; DEJTCE 02/09/2011; Pág. 10)

É, pois, o que ocorre, por exemplo, com atividades típicas de professor à distância:

VÍNCULO DE EMPREGO. PROFESSOR. CURSOS À DISTÂNCIA. (...) Em se tratando de ensino à distância não é imprescindível a presença física do empregado no estabelecimento de ensino diariamente para que haja a configuração da relação de emprego, como ocorre com o trabalho externo e com o teletrabalho. Quem se insere num Projeto Pedagógico de Cursos à Distância, trabalha para o empregador em casa, participa de uma equipe de teletrabalho ou que seja contratado para trabalhar on line sozinho em casa, tem plenamente preenchido o requisito da não eventualidade necessária para a proclamação judicial da existência do vínculo jurídico de emprego. Os cursos à distância até podem ter curta duração, ser sequenciados ou ser descontinuados, o que depende exclusivamente do poder de comando empresarial e não da vontade individual dos professores contratados. (TRT 3ª R.; RO 423/2009-042-03-00.1; 3ª. Turma; Rel. Juiz Conv. Milton V. Thibau de Almeida; DJEMG 08/02/2010)

4. Trabalho externo controlado pela telemática:

Impende sublinhar que, pelo texto da lei (art. 62, I, da CLT), estarão excluídos do

regime de horas extras somente os casos em que o trabalho realizado pelo empregado não seja passível de qualquer controle, incluindo-se aqui o controle telemático. Logo, é irrelevante a opção formal do empregador em não querer controlar. O que importa investigar no caso concreto é a (im)possibilidade de controle daquela espécie de trabalho à distância.

Com efeito, caberá à empresa provar que o trabalho externo ou à distância é “incompatível com a fixação de horário de trabalho”, devendo tal condição ser anotada na CTPS e no registro de empregados;

HORAS EXTRAS. SERVIÇO EXTERNO. ÔNUS DE PROVA DA RECLAMADA. NÃO DEMONSTRADO. DEVIDAS. Ao invocar a exceção prevista no art. 62 da CLT, de que o autor se ativava em jornada externa, incompatível com a fixação de horário de trabalho, as reclamadas atraíram para si o ônus da prova de tais assertivas, nos termos do preconizado pelo art. 333, II do CPC, encargo do qual não se desvencilharam. Horas extras devidas. Recurso da segunda reclamada ao qual se nega provimento no particular. (TRT 2ª R.; RO 0000010-13.2010.5.02.0002; Ac. 2012/0761534; Décima Sétima Turma; Relª Desª Fed. Soraya Galassi Lambert; DJESP 06/07/2012)

Logo, o trabalho à distância em que o empregado tem sua jornada passível de controle pela via telemática não se enquadra na exceção do art. 62, I, da CLT. Vale dizer: se ficar comprovado que o teletrabalhador ultrapassa o limite diário de oito horas, fará jus às horas extras correspondentes com o respectivo adicional e reflexos de lei.

5. Horas de sobreaviso

A CLT traz regra específica de jornada de sobreaviso relativa à categoria dos ferroviários:

Art. 244, § 2º, da CLT:

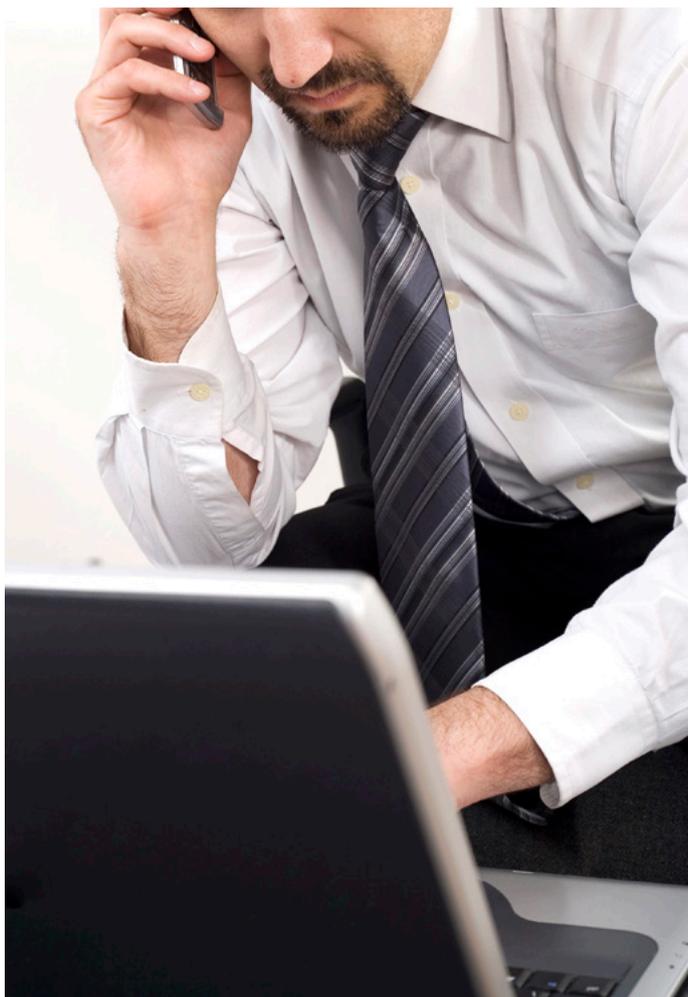
“Considera-se de ‘sobreaviso’ o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de ‘sobreaviso’ será, no máximo, de 24 horas. As horas de ‘sobreaviso’, para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal.”

Como se vê, são dois os fundamentos do legislador para remunerar as horas de sobreaviso: a-) compensar o empregado que permanece preso à sua própria casa e assim se vê parcialmente tolhido de sua liberdade de locomoção; b-) compensar o tempo por ele utilizado para permanecer à disposição do empregador, aguardando chamadas ao serviço.

Em face da ausência de norma geral acerca desta matéria, a aludida regra dos ferroviários passou a ser aplicada, por analogia, às demais categorias profissionais como meio de integração de lacuna legal (art. 8º, CLT). Diante disso, o TST editou a Súmula n. 428 do TST com a seguinte redação original:

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

Contudo, recentemente, movido pela Lei n. 12.551/2011, que alterou o art. 6º da CLT, o excelso pretório trabalhista se viu premido



a alterar também a Súmula 428. E o fez com acerto para assim constar:

SOBREAVISO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º, CLT.

I – O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza regime de sobreaviso.

II – Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distancia 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.

De um cotejo entre a redação antiga e a nova, deduz-se que antes, para caracterizar regime de sobreaviso, era necessário preencher

os seguintes requisitos: (i) estar em casa e (ii) permanecer no aguardo da convocação para o serviço durante o período de repouso.

Doravante, com o novo verbete, basta só o 2º requisito e desde que o empregado esteja sujeito a um controle telemático. Nas palavras de Julio Bernardo do Carmo, “o elemento principal para a caracterização do sobreaviso é a determinação da empresa, podendo ser expressa ou tácita”. A determinação tácita da empresa, explica o jurista mineiro, “configura-se quando o empregado é requisitado rotineiramente para laborar fora do horário de expediente, ainda que não exista ordem formal para isso”³².

Quanto aos fundamentos jurídicos do sobreaviso, cabe esclarecer que antes, além de compensar o tempo à disposição, visava-se indenizar a restrição ao direito de locomoção do empregado submetido ao plantão; hoje é preciso somar a estes fundamentos o do direito ao lazer e à desconexão ao trabalho.

Conforme observa Vólia Bonfim Cassar: “O trabalhador tem direito à ‘desconexão’, isto é, a se afastar totalmente do ambiente de trabalho, preservando seus momentos de relaxamento, de lazer, seu ambiente domiciliar contra as novas técnicas invasivas que penetram na vida íntima do empregado”³³.

Em igual direção, Jorge Luiz Souto Maior, sustenta:

32 CARMO, Julio Bernardo do. *Trabalho à distância e subordinação*. Exegese sadia da lei 12.551/11. Alagoas, 2012. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI148267,41046-Trabalho+a+distancia+e+subordinacao+Exegese+sadia+da+lei+1255111>. Acesso em: 23.04.2012.

33 CASSAR, Volia Bomfim. *Direito do Trabalho*, 6ª edição, Niterói: Impetus, 2012, fl. 660.

“O trabalho, no prisma da filosofia moderna, e conforme reconhecem vários ordenamentos jurídicos, dignifica o homem, mas sob outro ângulo, é o trabalho que retira esta dignidade do homem, impondo-lhe limites enquanto pessoa na medida em que avança sobre a sua intimidade e a sua vida privada”³⁴.

Da mesma forma o direito ao lazer, contemplado no art. 6º da CF, tem como destinatário não apenas o Estado, mas também o empregador, dentro da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Otávio Calvet define o lazer como: “o direito do ser humano se desenvolver existencialmente, alcançando o máximo das suas aptidões, tanto nas relações que mantém com outros indivíduos e com o Estado, quanto pelo gozo do seu tempo livre como bem entender”³⁵.

Em tempos pós-modernos, de obstinada conexão 24 horas, o direito a se desconectar do mundo do trabalho é visto como um valor a ser tutelado. Hoje já se fala em síndrome de *burn-out*, moléstia própria dos executivos que exaurem toda a sua energia por estarem premidos a atender *full time* os interesses da empresa. Da mesma forma, é preciso ponderar também a restrição social que afeta todo aquele que se vê em escala de sobreaviso, aguardando a qualquer momento a chamada da empresa.

Apenas a título de exemplo, imagine-se um jantar romântico com a nova namorada,

estando o empregado de sobreaviso. Não dá pra dizer que este ansioso trabalhador ficará integralmente relaxado e tampouco que irá curtir o encontro como havia planejado. Imagine que no momento fatal da declaração amorosa o seu celular toque e ele tenha que atender e sanar as dúvidas técnicas da empresa por longos 20 minutos. A pretensa namorada desanimará, com certeza! Estes fatores são factíveis e precisam ser levados em conta a fim de justificar o pagamento das horas de sobreaviso aos empregados que se encontram em escala de plantão.

Outra questão jurídica relevante diz respeito ao valor a ser pago nestes plantões. O site do TST, em notícia publicada em 17/9/2012, bem elucida o tema:

“Uma vez caracterizado o sobreaviso, o trabalhador tem direito a remuneração de 1/3 do salário-hora multiplicado pelo número de horas que permaneceu à disposição. Se for acionado, recebe horas extras correspondente ao tempo efetivamente trabalhado”

Por outro lado, não se pode confundir horas de sobreaviso com horas efetivas à distância dentro do horário programado para o expediente. Com outras palavras, o fato do empregado trabalhar em sua casa não significa que todas as suas horas são consideradas de sobreaviso. A jornada normal prevista para ser cumprida, ainda que à distância, constitui hora efetiva de trabalho, sendo consideradas horas de sobreaviso somente aquelas que estiverem fora do horário de expediente normal, ou seja, em períodos em que o empregado não permanece trabalhando *full time*, mas em razão das horas em que permanece disponível para atender chamadas de trabalho por parte da empresa.

Acerca do tema, José Eduardo Chaves

34 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz . Do direito desconexão do trabalho. Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, v. 1, p. 91-115, 2006.

35 CALVET, Otávio Amaral. *Direito ao lazer nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. pág.76

Júnior assim elucida:

Nas situações em que a relação de emprego comum se realiza totalmente a distância, não há dúvida de que serão devidas as horas extras integrais, inclusive com os adicionais, em relação a todo o período em que o empregado estiver sujeito a controle, comando ou supervisão a partir de dispositivos móveis.

Nessa hipótese, em que o trabalho invade por completo todos os momentos da vida do trabalhador, a única forma de garantir ao empregado o direito à desconexão do trabalho é prescrevendo um limite para o seu monitoramento virtual.

Por outro, em se tratando de trabalho tradicional, exercido no ambiente físico da empresa, a prática de determinar que o empregado permaneça no final de semana ou durante a noite, com o celular ligado, evidentemente que constrange a sua liberdade pessoal e familiar, porquanto pode se ver em situação embaraçosa perante o empregador simplesmente se seu celular permaneceu sem bateria por determinado tempo no final de semana.

Mas impingir que a empresa remunere todo esse período como horas extraordinárias, cheias, não parece adequado, pois há de fato uma distinção fática entre o trabalho habitualmente realizado a distância e aquele prestado no estabelecimento do empregador³⁶.

Nesse linha (...) parece, portanto, adequado proceder-se à integração analógica do ordenamento, para excepcionar a aplicação do novo parágrafo único do artigo 6º da CLT nos casos de uso de dispositivos móveis fora das dependências físicas da empresa e

do horário regular de trabalho, a fim de aplicar-se o preceito prescrito para os ferroviários, previsto no art. 224, § 2º da CLT.

Como se vê, a Lei 12.551/2011 deu um verdadeiro *upgrade* nas condições de trabalho. Se antes eram os empregados que tentavam em vão aplicar, analogicamente, o instituto pensado para os ferroviários; “a partir de agora, serão os empregadores que irão se apegar a esse instituto”³⁷.

6. Vantagens e desvantagens do teletrabalho.

Há quem aponte vantagens no trabalho à domicílio, como a desnecessidade de deslocamento diário até a empresa, flexibilidade de horário de trabalho, maior convívio com os familiares ou até mesmo a redução de custos com vale-transporte e investimento na infraestrutura da empresa, economia que pode ser compensada com uma maior oferta de salário ao teletrabalhador.

Outros apontam desvantagens no teletrabalho, como a falta de convívio com colegas de trabalho, a confusão entre o espaço profissional e o espaço íntimo da casa, o aparecimento de doenças ocupacionais pelo excesso de tempo em frente ao computador, sobretudo, porque a busca do melhor resultado implica verdadeira neurose da produtividade tão presente na sociedade atual.

A propósito, Reginaldo Melhado observa que a subordinação típica da sociedade pós-industrial é marcante e intensa, seja porque rompe definitivamente os limites

36 CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende. “Dispositivos móveis dão direito a horas de sobreaviso: superação da Súmula 428/TST”. Disponível em www.trt3.jus.br.

37 CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende. Idem. *Ibidem*.

entre o privado e o profissional, seja porque o conhecimento técnico é refém do capital³⁸.

Importante comentarmos este binômio:

- a) interferência na privacidade do empregado, e
- b) supervaloração do conhecimento tecnológico.



Nunca se viu, nos dias de hoje, tanta imiscuição patronal na vida íntima e privada do empregado, que, já no seu exame admissional, submete-se a testes de caligrafia, DNA³⁹, isso sem falar na investigação de seu “passado creditício”⁴⁰ ou de sua condição de reclamante

38 Obra citada, pág. 93.

39 Jasiel Ivo sustenta com acerto que “o genoma humano requer absoluta confidencialidade, não podendo ser exigido como requisito de identificação para obtenção ou manutenção de trabalho ou emprego, seleção e recrutamento de recursos humanos, muito menos por empresas de medicina privada, seguradoras etc., como se fosse uma carteira de identidade, de trabalho ou registro da pessoa no cadastro geral de contribuintes. A finalidade do mapeamento genético deverá ser preventiva, de diagnóstico, limitando-se às práticas terapêuticas, assegurando-se sempre ao sujeito seu consentimento livre e esclarecido, priorizando a dignidade humana como valor universal e irrenunciável”. *In: O genoma humano e o direito do trabalho. Revista LTr n. 65, Julho/2001, pág. 786.*

40 Em matéria veiculada pela internet, através do Comunicado ABRAT n. 27/2002, em 4/3/02, o jornalista Vitor Nuzzi afirma: “em um mercado cada vez mais competitivo, alguns trabalhadores enfrentam dificuldade adicional. Empresas têm recorrido ao Serasa para verificar se o candidato tem algum tipo de problema na praça. Hoje, de 20% a 30% das empresas estão olhando

em ação trabalhista. Diante deste quadro de interferência abusiva, o operador jurídico precisa estar atento não só à lesão aos direitos trabalhistas, mas também aos direitos de personalidade.

A demasiada valorização do conhecimento tecnológico, apanágio da sociedade pós-industrial, foi decisiva na edição da regulamentação legal dos direitos autorais acerca do trabalho intelectual criado e desenvolvido pelo empregado durante a execução do contrato de trabalho. Da exegese do artigo 88 e seus parágrafos, da Lei 9279/96, conclui-se que a invenção pertence exclusivamente ao empregador quando decorrente de serviços para os quais foi o empregado contratado, salvo disposição contratual em sentido contrário⁴¹.

Até mesmo a mobilização sindical é afetada nos casos de teletrabalho, sobretudo

isso. As do setor financeiro, na quase totalidade”.

41 Nos termos do art. 90 da Lei 9279/96, a invenção pertencerá exclusivamente ao empregado, desde que desvinculado do contrato de trabalho e não decorrente da utilização de recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos do empregador.

pelo afastamento físico do convívio com outros colegas de profissão que compartilham iguais interesses. Domenico De Masi, sobre este fenômeno, vaticina que “existirão dificuldades para ações coletivas com os colegas de trabalho, até que se descubra a ideia de fazê-las de tipo informático; (...) momento em que o sindicato aprenda a usar estas tecnologias e a se transformar em *telessindicato*”⁴².

Questão instigante incide em saber se o empregador se exime de eventual responsabilidade por acidente do trabalho sofrido pelo teletrabalhador. Ora, uma vez comprovados os elementos dano, nexos e culpa patronal, ainda que culpa *in vigilando*, a empresa deverá indenizar o teletrabalhador dos danos materiais e morais daí resultantes, nos termos do art. 927 do Código Civil. Não se negue que é o empregador quem assume todos os riscos da atividade econômica (art. 2º, CLT), tendo o dever de fiscalizar todas as condições ergonômicas de suas estações de trabalho, inclusive a casa do teletrabalhador, se for o caso. Atente-se para a dicção do art. 154 da CLT, o qual dispõe que o capítulo “da segurança e medicina do trabalho” aplica-se “a todos os locais de trabalho”, cabendo ao empregador cumprir integralmente todos os seus dispositivos (art. 157, CLT).

Conclusão

Não se pode ignorar, de um lado, que a CLT de 1943 foi calcada numa sociedade industrial, de produção rígida, centralizada e com hierarquia verticalizada e que, de outro, a atual sociedade pós-industrial é marcada pela

produção flexível, descentralizada e com eficaz controle à distância.

Os capitalistas, de certa forma, aproveitam-se do anacronismo da CLT para maximizar o lucro, às custas da flexibilização de direitos trabalhistas, além de uma interpretação que exclui por completo as novas figuras contratuais da tutela legal celetista.

Nelson Mannrich, a propósito, adverte acerca da necessidade de se ponderar e conciliar vários interesses que se encontram em jogo no assunto da retipificação dos contratos de trabalho. Diz o eminente professor da USP:

“A retipificação dos contratos de trabalho deve resultar de amplo debate que leve em conta os anseios dos interlocutores sociais. Não se pode admitir uma lei que ampare, unilateralmente, interesses dos trabalhadores ou dos empregadores. A retipificação deve considerar os reais interesses das partes envolvidas, sem prejuízo de restrições previamente impostas pelo Estado, em função da tutela de valores fundamentais da sociedade”⁴³.

De nossa parte estamos convencidos de que é perfeitamente possível falar em nova interpretação da CLT, sem, contudo, retirar direitos legais do trabalhador.

Vislumbramos, no atual momento, dois desafios ao operador jurídico:

a) O primeiro é o de lutar por uma legislação trabalhista incluyente, a fim de que cada vez mais empregados e subempregados, subordinados e parassubordinados, sejam

42 DE MASI, Domenico. *O ócio criativo*. Editora Sextante, Rio de Janeiro, 2000, pág. 217.

43 MANNRICH, Nelson. *A retipificação do contrato de trabalho*. In: “A transição do direito do trabalho no Brasil”. Coordenador: Amauri Mascaro Nascimento. SP: LTr, 1999, pág. 205.

por ela protegidos, eliminando-se a idéia de espectro privilegiado e restrito a poucas categorias organizadas. Para tanto, o conceito de subordinação deve ser redefinido como sendo “a prestação pessoal de serviço a outrem (*ajenidad*), sob dependência econômica (não necessariamente hierárquica) e controle (ainda que à distância).

b) O segundo desafio é o de buscar a máxima eficácia possível das normas constitucionais que asseguram não só direitos trabalhistas (art. 7º a 11), mas o direito *ao trabalho* (arts. 6º., 7º, XXVII, 170 e 193)⁴⁴. A Constituição Federal deve ser utilizada pelo operador jurídico como guia maior. Por conta disso, a importância atribuída ao valor trabalho, enquanto bem jurídico estruturante de nossa ordem normativa⁴⁵ jamais pode ser desprezado.

Somente assim poderemos adaptar o direito do trabalho às novas características da sociedade pós-industrial, sem deformá-lo e sem tirar-lhe o espírito tutelar, peculiar e essencial.

.....
44 Não se olvide, nesta esteira axiológica, a lição de Aldacy Rachid Coutinho: “Na sociedade em que vivemos, é fundamentalmente pelo trabalho, inevitável fonte de preservação da vida e construção da sociedade, enquanto portador da subjetividade humana, que o sujeito se constitui como ser, reconhecendo-se a partir da própria transcendência, objetivada na atividade e no resultado”. COUTINHO, Aldacy Rachid. Trabalho e pena. *In: Revista LTr*, ano 62, outubro/98, São Paulo, pág. 1340.

45 Neste sentido Ricardo Marcelo Fonseca, A constituição federal e o trabalho: um exercício de aproximação, *in: Direito do Trabalho: estudos*, São Paulo, LTr, 1997, pág. 63, e Alexandre Luiz Ramos. *In: Globalização, Neoliberalismo e o mundo do trabalho*. Curitiba, Edibej, 1998, pág. 256.

Publicação original: Novos temas e desafios no Mundo do Trabalho - Anais da ANDT, 2012.