

A REFORMA SEM ACABAMENTO: INCOMPLETUDE E INSUFICIÊNCIA DA NORMATIZAÇÃO DO TELETRABALHO NO BRASIL

Raphael Miziara

Sumário: **1** Introdução. **2** Responsabilidade pelos custos da infraestrutura do trabalho remoto. **2.1** A obrigatoriedade, como regra, do reembolso ao empregado das despesas com a infraestrutura necessária ao desenvolvimento do trabalho. **2.2** A situação das despesas ordinárias e extraordinárias do empregado em razão do teletrabalho. **3.** Consequências da exigência empregatícia de uso exclusivo, para o teletrabalho, de parte da residência do empregado. **4.** Duração do trabalho. **4.1** Consequências pelo controle do horário trabalho pelo empregador. **4.2** Consequências da fixação, pelo empregador, de duração máxima de trabalho pelo empregador dentro da jornada. **5** A forma como deve se dar a vigilância e controle do trabalho: a “teledireção”. **6** A forma como deve se dar a fiscalização do meio ambiente do trabalho. **7** A fiscalização estatal do teletrabalho. **8** Considerações finais. **9** Referências

1 Introdução

Se a CLT pós-Lei nº 13.467/2017, notadamente o seu Capítulo II-A, que dispõe sobre o teletrabalho, pudesse ser representada figurativamente, por certo ela corresponderia a uma casa recém-reformada, com paredes ainda rebocadas, sem a devida pintura e demais acabamentos de praxe. Isso porque, como se demonstrará nas linhas que seguem, trata-se de obra malfeita e incompleta, que trouxe mais incertezas do que respostas.

O objetivo do presente artigo, assim, é antever e demonstrar possíveis situações fáticas que poderão surgir no cotidiano das relações laborais, mas que, desafortunadamente, não encontram resposta imediata na fachada normativa desenhada pela Reforma Trabalhista.

Com efeito, a normatização implementada (arts. 75-A a 75-E da CLT) não traz respostas para uma série de casos práticos bastante corriqueiros no dia a dia das relações trabalhistas. Caberá, pois, ao hermenauta,



Raphael Miziara

Mestrando em Relações Sociais e Trabalhistas pela UDF. Advogado. Professor em cursos de graduação e pós-graduação em Direito. Autor de livros e artigos jurídicos. Entusiasta do direito e processo do trabalho.

preencher o vazio normativo deixado pelo legislador reformista. Por esses motivos, aqui também se buscará apresentar possíveis respostas e construções interpretativas aos casos não conjecturados pelo legislador.

Tem-se a consciência de que, por óbvio, não é tarefa do legislador – e isso sequer é possível – que consiga prever no texto legal padrões normativos capazes de acolher todas as situações da vida. Mormente em se tratando de teletrabalho, forma de trabalho que se descortina numa pluralidade de situações difíceis de apreender nos seus elementos específicos e, por essa razão, dificilmente compatíveis com um enquadramento jurídico unitário, como adverte Maria do Rosário Palma Ramalho.¹

No entanto, espera-se que ao menos as situações mais rotineiras estejam legalmente previstas, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.²

Mas, fato é que a legislação que regula o teletrabalho no Brasil é demasiadamente

1 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Novas formas da realidade laboral: o teletrabalho*. In: *Estudos de direito do trabalho*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2003. p. 196.

2 É impossível ao legislador regular a complexidade da conduta humana por meio de um ordenamento jurídico unívoco, completo e abrangente, independentemente da mediação do hermeneuta. Como lembra Katharina Sobota, um dos primeiros exemplos histórico dessa impossibilidade foi o fracasso do Código Geral Prussiano de 1794, que pretendia definir todas as relações jurídicas nos países prussianos, por supostamente ser completo, racional e para sempre vinculatório. Ainda, com uma proibição geral de interpretação judicial. Claro que esta crítica não deve ofuscar os méritos do Código Geral Prussiano, que realizou um progresso notável na questão da supremacia da lei e da segurança jurídica. (SOBOTA, Katharina. *Don't mention the norm!* In: *International Journal for Semiotics of law*. IV/10. 1991. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007%2F978-3-319-50606-6_10> Acesso em 01/03/2018.

simplicista, não conseguindo prever sequer as situações mais comuns, não se sabe se por pressa do legislador, má-fé ou desconhecimento completo do assunto.

2 Responsabilidade pelos custos da infraestrutura do trabalho remoto

2.1 A obrigatoriedade, como regra, do reembolso ao empregado das despesas com a infraestrutura necessária ao desenvolvimento do trabalho

Especificamente sobre as despesas com aquisição ou manutenção dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária ao trabalho, assim dispõe o caput artigo 75-D da CLT, incluído na CLT pela Reforma, *verbis*:

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

As primeiras vozes que se propuseram a comentar o artigo 75-D da CLT afirmaram que, com a reforma, empregador poderia transferir ao empregado o custo da manutenção do seu local de trabalho (energia elétrica, mobiliário, equipamentos eletrônicos da residência do trabalhador)³. No entanto, essa não parece ser a correta ou melhor interpretação. Não é essa a

3 VALÉRIO, Juliana Herek. *Reforma trabalhista: retrocesso em 20 pontos*. Jota: 26 de abril de 2017 – 09h34. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/reforma-trabalhista-retrocesso-em-20-pontos-26042017>>

norma por detrás do texto legal, como adiante se demonstrará.

Com efeito, basta a leitura segmentada e da parte em destaque do *caput* do dispositivo, que assim determina: “*as disposições relativas [...] ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito*”.

O que se extrai do texto é que, obrigatoriamente, as disposições relativas ao reembolso deverão estar previstas em contrato escrito. O reembolso não é opção conferida ao empregador. Trata-se de imperativo: “serão”. Ao contrário, facultativo seria se “*as disposições relativas ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, poderão previstas em contrato escrito*”, dando a entender que o reembolso seria uma faculdade do empregador, o que não é verdade.

Ora, está expresso no texto que o contrato deverá prever a forma como o reembolso das despesas será efetivado. Por consectário lógico, obviamente, essas mesmas despesas deverão sempre ser reembolsadas, por imperativo legal.

Em verdade, o contrato deverá prever quais serão as regras no tocante a responsabilidade pela aquisição (quem será o responsável por comprar o material, empregador ou empregado, por exemplo), manutenção (o empregado ou o empregador dará a devida manutenção nos equipamentos) ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos (quem irá fornecer, empregado ou empregador) e, por fim, da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto.

Fato é que, se a compra for efetivada pelo empregado, *obrigatoriamente* o reembolso

deverá ocorrer *na forma prevista no contrato* (prazo para reembolso, forma de reembolso etc.). Pensar de forma diferente é vulnerar o princípio da alteridade, mediante o qual os riscos e custos do empreendimento são de responsabilidade do empregador. A propósito, confira-se o Enunciado nº 70 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho:

TELETRABALHO. CUSTEIO DE EQUIPAMENTOS. O contrato de trabalho deve dispor sobre a estrutura e sobre a forma de reembolso de despesas do teletrabalho, mas não pode transferir para o empregado seus custos, que devem ser suportados exclusivamente pelo empregador. Interpretação sistemática dos artigos 75-D e 2º da CLT à luz dos artigos 1º, IV, 5º, XIII e 170 da Constituição da República e do artigo 21 da Convenção 155 da OIT. (Enunciado nº 70. Aglutinado nº 1 da Comissão 6)

Sobre todos esses aspectos acima mencionados, a Reforma Trabalhista poderia ter sido mais clara e, assim, trazer maior segurança jurídica aos partícipes da relação jurídica. Tanto é que a redação confusa tem levado a interpretações dúbias e, muitas vezes, equivocadas, inclusive por parte de alguns operadores do direito, como acima já demonstrado.

2.2 A situação das despesas ordinárias e extraordinárias do empregado em razão do teletrabalho

Há pelo menos uma hipótese na qual o empregado, ao fim e ao cabo, custeará parte dos equipamentos e da infraestrutura necessária

ao desenvolvimento do trabalho remoto. Efetivamente, quando as despesas já forem parte das despesas ordinárias do cotidiano do empregado.

Um exemplo poderá clarificar a situação. Imagine-se o caso no qual o empregado, antes de ser colocado em teletrabalho, possui as seguintes despesas ordinárias no seu cotidiano: R\$ 200,00 (duzentos reais) a título de energia elétrica; R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) para custeio da *internet*; e, por fim, R\$ 400,00 (quatrocentos reais) com diarista para limpeza de seu apartamento. Com isso, o empregado desembolsa, ordinariamente, R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais) com despesas habituais.

Ao iniciar o teletrabalho, após comum acordo com o empregador, esse mesmo empregado não tem acréscimo nenhum nas suas despesas mensais, ou seja, continua gastando as mesmas quantias para custeio da energia elétrica, diarista e *internet*. Nesse caso, não há reembolso a ser feito, pois o trabalhador não teve acréscimo algum em suas despesas.

Outra situação que poderá surgir, é aquela na qual o empregado já possui equipamento próprio, como, por exemplo, um computador. Se o empregado, ordinariamente, já possui a infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto ele não deverá ser reembolsado por nada, pois se trata de despesa que ele teria independente de estar ou não em regime de teletrabalho. Essa mesma *ratio* já vinha sendo seguida pela Seção de Dissídios Individuais do C. TST no tocante às despesas com lavagem de uniforme.⁴

4 *“Ordinariamente, a higienização do próprio uniforme não implica cuidados especiais e isso não obriga o obreiro a realizar despesas além daquelas que*

Pode-se, inclusive, falar-se em aplicação analógica do art. 456-A, parágrafo único, da CLT, pelo qual a higienização do uniforme é de responsabilidade do trabalhador, *salvo nas hipóteses em que forem necessários procedimentos ou produtos diferentes dos utilizados para a higienização das vestimentas de uso comum.*

Logo, se o empregador exigir uma máquina especial ou uma conexão mais potente ou, atém mesmo, outros custos com infraestrutura como condição necessária ao trabalho, deverá arcar com os custos correspondentes, pois, nesses casos, o empregado não pode ser responsabilizado por custos extraordinários que antes não possuía. Por exemplo, se o empregado possui um computador que, depois de contratado, se revelar insuficiente para as funções (lentidão excessiva, baixa memória, etc.), caso o empregador exija nova máquina,

.....
usualmente realizaria para o asseio de suas próprias peças de vestuário, o que afasta a alegação de transferência dos riscos do empreendimento ao trabalhador. Nessa diretriz, a indenização pelas despesas na lavagem do uniforme somente será devida quando o trabalho executado pelo empregado exigir o uso de roupas impecavelmente higienizadas, que demandam uma lavagem especial, situação na qual são ultrapassados os gastos que teriam com a lavagem de roupas normais. Por fim, a tarefa de lavagem de uniformes, aí incluído o tempo de dedicação e os gastos inerentes, não é de responsabilidade do empregador, mas do próprio empregado, como um verdadeiro dever de colaboração decorrente da sua boa fé no contrato de trabalho (art. 422, CC)”. Esses foram os argumentos colacionados nos votos vencidos dos Ministros Guilherme Caputo Bastos, relator, Ives Gandra Martins Filho, Márcio Eurico Vitral Amaro e Cláudio Mascarenhas Brandão, que davam provimento aos embargos para julgar improcedente o pedido de ressarcimento das despesas com a lavagem do fardamento, ao fundamento de que a higienização ordinária de uniformes não causa prejuízo indenizável, nem transfere os riscos do empreendimento ao empregado. (E-RR-12-47.2012.5.04.0522, Redator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 12/03/2015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 03/11/2015).

devera custeá-la, exatamente por se tratar de despesa extraordinária.

Damesma forma, exigências empresariais quanto a determinadas especificações de infraestrutura (como velocidade de internet) deverão ser por ela custeadas, caso ultrapasse o ordinário para aquela determinada região.

Portanto, a existência de qualquer gasto extraordinário com equipamentos tecnológicos, infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto e com despesas arcadas pelo empregado que ultrapasse o limite da despesa ordinária, deverá ser reembolsada. Mas, uma vez inexistentes prejuízos com gastos extraordinários, não há que se falar em indenização, tampouco em transferência dos riscos do empreendimento ao empregado.

Outros infundáveis questionamentos podem surgir quanto ao tema. Imagine-se a hipótese na qual ocorra o “desgaste” na vida útil dos equipamentos tecnológicos e dos objetos que compõe a infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto. Nesse caso, indaga-se: faz jus o empregado ao ressarcimento material correspondente? A melhor interpretação parece ser aquela que admite a indenização somente em hipóteses excepcionais, no qual o desgaste se deu muito além do razoavelmente esperado. Fora disso, não há que se falar em prejuízo indenizável.

Igualmente, não se pode descartar a possibilidade, bastante comum, de a região onde o empregado reside não ser atendida por provedor nas especificações exigidas pelo empregador (por exemplo, se o provedor local somente oferece internet com velocidade reduzida). Nesses casos, não pode ser o futuro emprego instado a custear qualquer equipamento ou despesa a maior para atender

aos anseios do empresariado.

Ademais, é bom que se advirta, se eventualmente houver interrupção do trabalho remoto por motivos totalmente alheios a conduta do empregado e, por consequência, alguma tarefa deixar de ser cumprida, não pode ele ser penalizado por isso. Trata-se, pois de risco do empreendimento.

Pensar de forma diferente é subverter a lógica de todo o direito do trabalho e solapar o princípio da alteridade, mediante o qual o trabalho se dá por conta alheia e os riscos do empreendimento ficam por conta do detentor do capital.

Por fim, ante à ausência do caráter retributivo, as utilidades mencionadas no caput do art. 75-D não integram a remuneração do empregado, pois são fornecidas *para* o trabalho e não *pelo* o trabalho.

A propósito, o C. Tribunal Superior do Trabalho já decidia que havendo pagamento pelo empregador ao obreiro de valores realmente dirigidos a subsidiar despesas com telefonemas, gastos com informática e similares, no contexto efetivo do *home office*, não têm tais pagamentos natureza salarial, mas meramente instrumental e indenizatória. Na mesma linha, o fornecimento pelo empregador, plenamente ou de modo parcial, de equipamentos para a consecução do *home office* obreiro (telefones, microcomputadores e seus implementos, etc.) não caracteriza, regra geral, em princípio, salário *in natura*, em face de seus preponderantes objetivos e sentido instrumentais. (AIRR-62141-19.2003.5.10.0011, Data de Julgamento: 07/04/2010, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/04/2010).

3. Consequências da exigência empregatória de uso exclusivo, para o teletrabalho, de parte da residência do empregado.

No ano de 2017, tornou-se “viral” vídeo no qual o americano Robert Kelly, a partir de sua residência, falava em entrevista à rede BBC sobre o *impeachment* da presidente sul-coreana Park Geun-hye. No vídeo, durante a entrevista ao vivo e enquanto comentava sobre o caso de corrupção que levou ao afastamento da presidente da Coreia do Sul, sua filha abriu a porta da sala onde ele estava e entrou caminhando inocentemente. O episódio provocou diversas reações dos internautas, dentre as quais a relacionada aos infortúnios de se trabalhar em casa.⁵ O episódio reflete bem, na feliz expressão de Domenico de Mais, “*a desestruturação das fronteiras do tempo e do espaço*” pelo teletrabalho.⁶

O caso acima, apenas ilustrativo, faz lembrar a situação na qual o empregador exige do empregado em teletrabalho que destine um cômodo de sua residência *exclusivamente* para

5 Apenas a título de curiosidade, até porque esse não é o objeto fulcral da discussão, conforme noticiado no sítio da própria BBC Brasil, muitos criticaram a reação do pai, que afastou a filha ao perceber que ela havia invadido a sala onde ele estava sendo entrevistado ao vivo. Segundo consta dos comentários das redes sociais, Kelly deveria ter um comportamento mais “humano” para com sua filha. “*Ele deveria ter se virado e levado seus filhos gentilmente para fora ou falado com eles e envolvê-los na entrevista! A reação dele foi um pouco infeliz*”, criticou um usuário. Mas outra usuária apoiou Kelly. “*Pobre do homem e de sua família que agora estão sob escrutínio por um vídeo viral de 42 segundos. Senhor, obrigado por ser humano na TV ao vivo e mostrar como equilibrar profissionalismo e paternidade. Você tem uma família linda*”. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/salasocial-39246080>> Acesso em 03/01/2018.

6 DE MASI, Domenico. *O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial*. 11. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2014. p. 267.

o desenvolvimento do labor, orientando-o a impedir que qualquer pessoa de seu convívio ali adentre, principalmente durante o exercício do labor. Nesse caso, a primeira indagação que se faz diz respeito à própria licitude de tal exigência. Em segundo lugar, é preciso mensurar quais as consequências caso o empregador assim atue. Mais uma vez a Lei nº 13.467/2017 não traz respostas.

Guardadas as devidas proporções, o fato é semelhante ao uso de veículo próprio em benefício do serviço, no qual o empregado fará jus ao devido ressarcimento em razão do desgaste do veículo, bem como em razão da limitação de sua propriedade, já que não pode usar o veículo de maneira totalmente livre, pois afeto ao serviço em determinados momentos.

Assim também se assemelha, *mutatis mutandis*, ao caso já enfrentado pelo Tribunal Superior do Trabalho no qual o empregador forneceu ao empregado um automóvel como instrumento de trabalho e, no contrato de trabalho, inseriu cláusula estabelecendo que a “*guarda do veículo em local seguro*” era da responsabilidade do empregado. O empregado guardava todos os dias o veículo na garagem de sua casa e, posteriormente, ajuizou ação trabalhista buscando indenização em razão da limitação de sua propriedade privada, ao argumento de que não podia gozar de parte de sua residência com total plenitude, já que parte da propriedade estava ocupada com o veículo do empregador.

O juízo de primeira instância considerou que a casa é propriedade privada do empregado e o direito de uso e gozo que lhe corresponde como proprietário foi limitado em favor da empresa e sem qualquer contrapartida. O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

manteve a condenação ao argumento de que ao impor contratualmente ao empregado a responsabilidade pela guarda do veículo em local seguro, a empresa transfere para o empregado o risco do negócio.

No entanto, o Tribunal Superior do Trabalho reformou a decisão regional por entender que *“não se trata de transferência do risco do empreendimento, mas de mero cumprimento de deveres anexos de colaboração inerentes ao contrato de trabalho”*.⁷

No caso acima, de fato, não havia a imposição patronal de que o veículo fosse guardado na garagem do empregado, necessária e obrigatoriamente. Caso houvesse essa exigência, a indenização pela limitação da propriedade era medida adequada.

Após essas reflexões em casos semelhantes, pode-se vislumbrar com mais clareza as consequências da conduta do empregador que *uso exclusivo*, para o teletrabalho, de parte da residência do empregado. Nessa circunstância, não há dúvidas de que há, efetivamente, uma limitação da propriedade do empregado, que deixará de usufruir de sua propriedade em sua plenitude, por comodismo exclusivo do empregador. Parece, inclusive, ser caso de abuso do poder empregatício, rendendo ensejo não só ao

7 VEÍCULO UTILIZADO PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. INDENIZAÇÃO. USO DA GARAGEM DO EMPREGADO PARA A SUA GUARDA. A utilização da garagem do empregado para a guarda do veículo que lhe foi cedido pela empresa para a prestação de serviços, nos horários fora do expediente, por força de previsão contratual, como medida a preservar o bem-ferramenta que foi posto à sua disposição, não extrapola os deveres de cuidado inerentes ao contrato de trabalho, máxime em face da necessidade de fidedignidade, lealdade e boa-fé objetiva na execução do contrato de trabalho. Conhecido e provido. (RR-126-26.2012.5.04.0541, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 04/03/2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/03/2015)

ressarcimento material, mas também, moral.

Com efeito, nessa hipótese, não encontra guarida o princípio da colaboração do empregado. Trata-se, efetivamente, de transferência de custos e, mais do que isso, de limitação indevida e abusiva da propriedade privada. É como se parte do imóvel residencial do empregado passasse a integrar a organização produtiva da empresa, numa ligação não naturalística – isto é, não necessariamente relacionada a localização física do posto de trabalho –, mas meramente funcional.

Portanto, trata-se de conduta ilícita, por abuso do poder empregatício, rendendo ensejo a reparação moral. Outrossim, surgirá o dever de indenizar materialmente o empregado pela limitação do uso do imóvel, indenização essa que terá por critério objetivo o valor médio dos alugueres de escritórios na região, pois a conduta patronal representa nítida transferências de custos ao empregado.

4. Duração do trabalho

4.1 Consequências pelo controle do horário trabalho pelo empregador

O teletrabalhador foi expressamente excluído do capítulo celetista da duração do trabalho, nos termos do art. 62, inciso III, da CLT. Assim, ao lado dos empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho (inciso I) e dos gerentes e equiparados (inciso III), o teletrabalhador não possui direito à limitação da duração máxima de 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais (art. 58 da CLT c/c art. 7º, inciso XIII, da CRFB/88).

O objetivo aqui não é discutir a recepção do art. 62 da CLT pelo art. 7º, inciso XIII, da CRFB/88⁸, tampouco o acerto ou desacerto da inclusão do teletrabalhador dentre as hipóteses excepcionais do regime de duração do trabalho previstas do art. 62 da CLT⁹, mas sim enfrentar a consequência da conduta patronal que controla o horário de trabalho do empregado que teletrabaja, situação não tratada pela Reforma Trabalhista.

Com efeito, bem pontua Alice Monteiro de Barros que as exceções do artigo 62 devem se verificar não em razão da função, mas da fiscalização, independentemente do cargo ocupado pelo obreiro.¹⁰

8 Sobre o tema, conferir as sempre precisas lições de Luciano Martinez, para quem o disposto no art. 7º, XIII, do texto fundamental não excepcional nenhum empregado do direito de ter duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais (MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 440)

9 Ao contrário da hipótese do inciso I do art. 62 – empregados que exerce atividade externa, incompatível com a fixação de horário – e da hipótese do inciso II do art. 62 – gerentes –, no teletrabalho, a presença do trabalhador é virtual, mas isso não significa ausência de controle da prestação e da duração do trabalho. Por isso, a escolha do legislador, em excluir o teletrabalhador do regime de duração do trabalho, não se funda em nenhum fundamento justificável. A mesma crítica é feita por Patrícia Sanfelici e Rogério Uzun, para quem “a redação original do art. 62 da CLT fazia algum sentido: ou por impossibilidade prática (inc. I), ou por equiparação do trabalhador ao patrão (inc. II), não se aplicava ao trabalhador o capítulo da duração do trabalho. Esta nova redação não faz sentido: trata-se do mesmo trabalho (apenas com deslocamento de local), com comando, controle e supervisão. Qual valor jurídico ou moral justo pode embasar esta alteração?” (SANFELICI, Patrícia de Mello; FLEISCHMANN, Rogério Uzun. *Teletrabalho: liberdade ou escravidão?* In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da. [Org. et. al.] *Reforma trabalhista na visão de Procuradores do Trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 103)

10 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 537.

Logo, se o empregado, embora em regime de teletrabalho, estiver sujeito ao controle de horário de trabalho, como, por exemplo, por meio de sistemas de *log in* e *log off* no sistema, vigilância por câmeras ou qualquer outro meio de comando e fiscalização, surgirá o direito ao pagamento das horas extras, como, a propósito, sucede com as demais hipóteses do art. 62 da CLT. Nesses casos, vale registrar, caberá ao empregado o ônus da prova quanto ao controle de horário.

Por fim, vale advertir que também gerará o direito ao pagamento das horas extras o controle indireto sobre os horários cumpridos pelo empregado, de modo que somente quando se revelar inteiramente impossível o controle, estará afastado o direito ao pagamento de horas extraordinárias, a exemplo do que já decidiu a SBDI-1 do TST em relação a hipótese do inciso I, do art. 62 da CLT.¹¹

11 **Horas extras. Motorista. Rastreamento de veículo por satélite. Controle indireto da jornada de trabalho. Inaplicabilidade do art. 62, I, da CLT.** A exceção prevista no artigo 62, I, da CLT não depende apenas do exercício de trabalho externo, mas também da impossibilidade de controle de horário pelo empregador. No caso, a Egrégia Turma consignou que a empresa detinha a possibilidade de fiscalizar a jornada de trabalho desenvolvida, ainda que a finalidade precípua do rastreamento consistisse na proteção contra roubos. Indubitável, portanto, que o empregador exercia o controle indireto sobre os horários cumpridos pelo empregado. Somente quando se revelar inteiramente impossível o controle, estará afastado o direito ao pagamento de horas extraordinárias, em razão da liberdade de dispor do seu próprio tempo, a exemplo do que ocorre, mesmo nesses casos, com o intervalo para refeição, cujo gozo é presumido, diante da autorização legal para dispensa do registro. Nesse contexto, o reclamante tem direito às horas extras. [...]. E-RR-45900-29.2011.5.17.0161, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 23/02/2017, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 10/03/2017 – Informativo TST nº 153. (grifou-se)

Situação que encontrará a mesma solução é aquela do chamado controle de horário *praeter* intencional. *Praeter* significa “além de”. É o caso no qual, por exemplo, o empregador instala uma câmera de vigilância na parte externa da residência do empregado, ao argumento de que servirá para protegê-lo, mas que, controla, necessariamente, os movimentos do trabalhador.

Para Cristina Taccone, citada por Paula Quintas, “os meios de controle são admissíveis se, e na medida em que, a possibilidade que deles resulta de controlar à distância a atividade do trabalhador for inteiramente acidental, e não a razão da sua instalação”.¹²

4.2 Consequências da fixação, pelo empregador, de duração máxima de trabalho pelo empregador dentro da jornada

No tópico anterior, registrou-se que a fiscalização e o controle do horário de trabalho rende ensejo ao direito às horas extras, pois a exceção contida no inciso III, do art. 62, da CLT não é absoluta.

Consequência diversa ocorrerá na conduta patronal que limitar a duração máxima do trabalho diário. Ora, uma coisa é controle do horário de trabalho, outra, a fixação, por parte do empregador, de uma limitação máxima da jornada diária – com o perdão do pleonasma – de trabalho. Explica-se.

Para exata compreensão da ideia aqui defendida, é necessário que se tenha bem delineada a distinção terminológica entre

12 QUINTAS, Paula. *Os direitos da personalidade consagrados no Código do Trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado: direitos (des) figurados*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 335.

“horário de trabalho”, “duração do trabalho” e “jornada de trabalho”. Para tanto, colhe-se ensinamentos de Luciano Martinez que bem diferencia as figuras:

I) *Duração do trabalho* é o tempo de labor legalmente outorgado ou contratualmente oferecido a um empregado. Exemplo: a duração legal do trabalho dos bancários é de seis horas diárias e trinta horas semanais.

II) *Jornada de trabalho* é o tempo que o empregado permanece à disposição do empregador durante **um** dia. Por isso, é uma redundância falar em jornada diária, por que toda jornada é obviamente diária; constitui, por outro lado, uma incoerência falar em jornada semanal ou mensal, por que jornada somente diz respeito ao dia, e nunca à semana ou ao mês.

III) *Horário de trabalho* é a duração do trabalho com seus limites bem especificados, inclusive com a fixação dos intervalos. Exemplo: um específico bancário trabalha das 10h às 16h15min, com quinze minutos de intervalo, gozados entre as 12h e as 12h15min.¹³

Como já dito, o teletrabalhador não está submetido ao regime de *duração do trabalho* e, por isso mesmo, surgem severas críticas quanto a preocupação com o desgaste mental e físico desse empregado que poderá trabalhar “sem limites” e, por consequência, estar sujeito a toda sorte de mazelas relacionadas ao trabalho.

Se houver o controle do “horário de trabalho” o teletrabalhador passa a não mais se enquadrar na exceção legal. Mas, pode

13 MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 396.

acontecer de o empregador, *com o objetivo de* tutelar o meio ambiente de trabalho e prevenir doenças do trabalho, passe a fixar um limite máximo de duração do trabalho dentro do dia ou da semana, sem que com isso ocorra o efetivo controle do horário de trabalho.

Em outros termos, o que gera direito às horas extras é o controle do horário de trabalho, mas não a fixação ou estabelecimento de duração máxima com o fim de evitar doenças do trabalho.

5 A forma como deve se dar a vigilância e controle do trabalho: a “teledireção”

O empregador pode, obviamente, exercer seus poderes empregatícios normalmente no teletrabalho. Mas, a Reforma Trabalhista não explicita forma pela qual essa “teledireção” ou esse telecomando será efetivado.

Em primeiro lugar, como afirmam Javier Thibault Aranda e Ángel Jurado Segovia, o empregador não deve se valer de nenhum dispositivo de controle, quantitativo ou qualitativo, sem que os empregados tenham sido comunicados ou tenha ciência do meio telemático de comando ou fiscalização. O relevante, segundo os mesmos autores, não é com que meios se realizam os controles empresariais, mas sim até onde pode alcançar esta vigilância.¹⁴

Nesse ponto, o empresário pode adotar as medidas de vigilância e controle que repute mais oportunas sempre que as mesmas estejam

direcionadas a verificar *única e exclusivamente o cumprimento dos deveres laborais e guardem, na sua aplicação, a consideração devida com a dignidade do trabalhador.*¹⁵

Assim, reputa-se ilícita, por exemplo, a instalação de câmeras dentro do espaço residencial destinado ao teletrabalho. Com efeito, pode garantir-se de modo mais eficiente algumas condições fiscalização por outros meios de monitorização do empregado, tais como chamadas telefônicas, sistemas de *login* e *logout*, dentre outras.

A preocupação com as novas tecnologias e o seu respectivo impacto nos direitos de personalidade do empregado também foram objeto de preocupação externada por Paula Quintas que, ao tratar dos meios de vigilância à distância, afirma que a licitude dos meios deve ser aferida face ao interesse de salvaguarda da segurança no meio laboral, dos trabalhadores ou de terceiros.¹⁶

Portanto, o poder empregatício no teletrabalho deverá observar, pelo menos, dois requisitos prévios: *i)* prévio conhecimento por parte do empregado, ou seja, proibição de que o meio de controle seja oculto ou sub-reptício; *ii)* respeito aos direitos fundamentais dos empregados; *iii)* observação do princípio da proporcionalidade, de modo que o meio de controle seja indispensável e não haja meio menos invasivo para atingimento dos fins pretendidos.

15 *Idem. ib idem.*

16 QUINTAS, Paula. *Os direitos da personalidade consagrados no Código do Trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado: direitos (des) figurados.* Coimbra: Almedina, 2013. p. 331.

14 THIBAUT ARANDA, Javier; JURADO SEGOVIA, Angel. *Algunas consideraciones em torno al acuerdo marco europeo sobre teletrabajo.* In: *Temas Laborales*, nº 72/2003. p. 54.

6 A forma como deve se dar a fiscalização do meio ambiente do trabalho

É dever do empregador e direito fundamental do empregado a manutenção do equilíbrio no meio ambiente telelaboral (art. 7º, inciso XXII, da CRFB/88 c/c art. 157 da CLT).

Com efeito, nos termos do art. 157 e incisos da CLT deverá o empregador cumprir e *fazer cumprir* as normas de segurança e medicina do trabalho; instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente; facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente; dentre outras medidas.

Por sua vez, cabe aos empregados observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções constantes das ordens de serviços expedidas pelo empregador, bem como colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos relacionados à segurança e medicina do trabalho, nos termos do art. 158 da CLT.

Inclusive, nos termos do art. 158, parágrafo único, da CLT, constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada à observância das instruções expedidas pelo empregador, assim como ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa.

Ocorre que ao regulamentar o teletrabalho, as disposições inseridas no art. 75-E da CLT pela Lei nº 13.467/2017, foram omissas no tocante ao dever do empregador de *fazer cumprir* as normas de segurança e medicina do trabalho. Pelo contrário, apenas previu que o “*empregado deverá assinar termo*

de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador” (art. 75-E, parágrafo único, da CLT).

A interpretação isolada do dispositivo leva a conclusão de que no teletrabalho, ao contrário do restante das demais atividades, bastaria o empregador, para se eximir de qualquer responsabilidade, “*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, caput, da CLT).

Em outras palavras, a Reforma Trabalhista nada disse sobre a obrigação empregatícia de *fiscalizar e fazer cumprir*, pelo empregado, as normas afetas à saúde, medicina, higiene e segurança do trabalho.

Sucedo que a interpretação não pode ser simplista a tal ponto. Sabe-se que um dos métodos exegéticos consagrados é justamente o método sistemático, pelo qual os dispositivos legais devem ser interpretados como sendo parte de um sistema e não de forma isolada ou segmentada.

Com efeito, já não se admitia em Roma, como lembra Carlos Maximiliano, “que o juiz decidisse tendo em mira apenas uma parte da lei; cumpria examinar a norma em conjunto: “*é contra o Direito julgar ou emitir parecer, tendo diante dos olhos, ao invés da lei em conjunto, só uma parte da mesma*”¹⁷.

17 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 105. Também sobre a obrigatoriedade de fiscalização pelo empregador, vale conferir o Enunciado nº 83 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho: “*TELETRABALHO. CONTROLE DOS RISCOS LABOR-AMBIENTAIS. O regime de teletrabalho não exime o empregador de adequar o ambiente de trabalho às regras da NR-7 (PCSMO), da NR-9 (PPRA) e do artigo 58, § 1º, da Lei 8.213/91 (LTCAT), nem de fiscalizar o ambiente de trabalho, inclusive com a realização de treinamentos.*

Pois bem, partindo da premissa de que o empregador é obrigado a fiscalizar o meio ambiente de trabalho e de que a assinatura pelo empregado em termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador não o exime das suas responsabilidades¹⁸, nota-se que a Reforma é omissa quanto ao modo pelo qual deverá ocorrer a fiscalização do meio ambiente do trabalho.

Pode invocar as lições do direito comparado, a exemplo do Código de Trabalho português, que possui disposição afirmando que *“sempre que o teletrabalho seja realizado no domicílio do trabalhador, a visita ao local de trabalho só deve ter por objeto o controle da atividade laboral, bem como dos instrumentos de trabalho e apenas pode ser efetuada entre as 9 e as 19 horas, com a assistência do trabalhador ou de pessoa por ele designada”* (art. 170, item 2).

Além disso, considera-se abusiva qualquer forma de fiscalização que invada direta ou indiretamente o local de residência do empregado que teletrabaja, por evidente afronta ao seu direito de intimidade e à sua vida privada.

O ideal é que o preenchimento desses vazios legislativos sejam preenchidos no

.....
Exigência dos artigos 16 a 19 da convenção 155 da OIT.”
 (Enunciado nº 1 da Comissão 6)

18 Enunciado nº 72 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho: **“TELETRABALHO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR POR DANOS.** A mera subscrição, pelo trabalhador, de termo de responsabilidade em que se compromete a seguir as instruções fornecidas pelo empregador, previsto no art. 75-E, parágrafo único, da CLT, não exime o empregador de eventual responsabilidade por danos decorrentes dos riscos ambientais do teletrabalho. Aplicação do art. 7º, XXII da Constituição c/c art. 927, parágrafo único, do Código Civil”. (Enunciado Aglutinado nº 3 da Comissão 6)

contrato individual de trabalho e/ou pela legislação autônoma, ou seja, com previsões normativas oriundas de negociações coletivas. No entanto, se nada for previsto, deverá o interprete se socorrer do disposto no art. 8º da CLT.

Fato é que a fiscalização sempre deverá se dar (i) com a anuência e presença do empregado ou de alguém por ele indicado; (ii) a visita ao local de trabalho só deve ter por objeto o controle da atividade laboral, bem como dos instrumentos de trabalho; (iii) em horário comercial segundo os usos e costumes do local; (iv) com respeito aos direitos fundamentais – intimidade e vida privada – do empregado.

Em caso de acidente de trabalho de trabalho, deverá o empregador apresentar toda documentação que comprove a efetiva fiscalização do meio ambiente do trabalho, bem como demonstrar que se valeu de todos os meios capazes para manter equilibrado o local de trabalho.

E, caso não haja imposição pelo empregador, de duração máxima de trabalho pelo empregador dentro da jornada, conforme adrede explicitado no item 4.2 supra, é razoável entender que o acidente ocorrido no local onde o teletrabalho é exercido durante a atividade profissional do teletrabalhador é presumido como um acidente de trabalho para fins previdenciários.¹⁹

.....
 19 A propósito, esse é o teor do disposto no artigo L1222-9 do Código do Trabalho francês: *“L'accident survenu sur le lieu où est exercé le télétravail pendant l'exercice de l'activité professionnelle du télétravailleur est présumé être un accident de travail au sens des dispositions de l'article L. 411-1 du code de la sécurité sociale”.*

7 Fiscalização estatal do teletrabalho

A Reforma Trabalhista também não disciplina a forma pela qual a Fiscalização do Trabalho deverá atuar nos casos de fiscalização do teletrabalho. Ainda, até a presente data, o Ministério do Trabalho e Emprego não possui nenhuma normativa a esse respeito.

O teletrabalhador, como já dito, tem direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado e, conseqüentemente, à fiscalização de suas condições de trabalho. Diante disso, se constata uma colisão entre princípios fundamentais: a inviolabilidade do domicílio e a proteção ao trabalho.

No caso, pode-se aplicar por analogia a Instrução Normativa nº 110, de 06 de agosto de 2014, do Ministério do Trabalho e Emprego, que dispõe sobre os procedimentos de fiscalização do cumprimento das normas relativas à proteção ao trabalho doméstico.

Assim, a fiscalização do trabalho doméstico será realizada pelos Auditores Fiscais do Trabalho mediante *fiscalização indireta*, que ocorre com sistema de notificação e apresentação de documentos nas unidades descentralizadas do MTE.

A fiscalização indireta, como pontua a autorizada doutrina, tem a virtude de bem se ajustar à garantia individual fundamental assegurada pelo art. 5º, XI, da CRFB/88 e à existência de um imenso e minucioso repositório de dados contratuais trabalhistas criado pelo Simples Doméstico.²⁰

No entanto, pode ser que o próprio empregado concorde com o ingresso e presença do Auditor Fiscal do Trabalho no seu domicílio, caso em que a fiscalização transcorrerá *in loco* e sem maiores problemas.

Sob esse aspecto, vale registrar que a LC nº 150/2015 também previu a fiscalização *direta*, caso em que dependerá de agendamento e de entendimento prévios entre a fiscalização e o empregador (art. 11-A). No presente caso, agendamento e de entendimento prévios entre a fiscalização e o teletrabalhador.

8 Considerações finais

A regulamentação do teletrabalho trazida pela Lei nº 13.467/2017, embora tenha tido o mérito de, pela primeira vez, normatizar o regime no Brasil, pecou por sua incompletude e insuficiência normativa. Poderia ter avançado em muitos pontos e situação perfeitamente previsíveis. No entanto, não se sabe por qual motivo, o legislador reformista fez um trabalho capenga.

Inúmerassituaçõesforamdemonstradas, dentre tantas outras possivelmente não tratadas no presente trabalho. Por exemplo, demonstrou-se a insegurança jurídica trazida pelo art. 75-D da CLT, que não deixou clara a questão da responsabilidade pelos custos da infraestrutura do trabalho remoto. Nesse ponto, conclui-se que há a obrigatoriedade, como regra, do reembolso ao empregado das despesas com a infraestrutura necessária ao desenvolvimento do trabalho, embora, em outras situações, seja importante diferenciar os casos de despesas ordinárias e extraordinárias do empregado em razão do teletrabalho.

20 DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *O novo manual do trabalho doméstico: com os comentários aos artigos da LC nº 150/2015*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 82.

Outrossim, imaginou-se as consequências da exigência empregatícia de uso exclusivo, para o teletrabalho, de parte da residência do empregado. Nesse aspecto, parece-nos que a melhor solução caminha no sentido de considerar abusiva a conduta patronal que impõe tal exclusividade, razão pela qual exsurge o direito à reparação moral, bem como a danos materiais decorrentes da limitação do uso da propriedade do empregado.

Sobre a duração do trabalho, pode-se afirmar, ao fim e ao cabo, que o controle do horário trabalho pelo empregador faz surgir o direito ao pagamento de horas extras, o que não ocorrerá quando se trata de fixação, pelo empregador, de duração máxima de trabalho pelo empregador dentro da jornada com o objetivo de resguardar o meio ambiente do trabalho e evitar doenças decorrentes do exercício da atividade laboral.

Em prosseguimento, observou-se que, na vigilância e controle do teletrabalho, o empregador deverá observar os seguintes requisitos: *i)* prévio conhecimento por parte do empregado, ou seja, proibição de que o meio de controle seja oculto ou sub-reptício; *ii)* respeito aos direitos fundamentais dos empregados; *iii)* observação do princípio da proporcionalidade, de modo que o meio de controle seja indispensável e não haja meio menos invasivo para atingimento dos fins pretendidos.

Ainda, no tocante à forma como deve se dar a fiscalização do meio ambiente do trabalho, o empregador deverá atender ao seguinte: *(i)* a anuência e presença do empregado ou de alguém por ele indicado; *(ii)* a visita ao local de trabalho só deve ter por objeto o controle da atividade laboral, bem como dos instrumentos de trabalho; *(iii)* em horário comercial segundo

os usos e costumes do local; *(iv)* com respeito aos direitos fundamentais – intimidade e vida privada – do empregado.

Por derradeiro, a fiscalização do teletrabalho será realizada pelos Auditores Fiscais do Trabalho mediante fiscalização indireta, sem que com isso se afaste a faculdade que o próprio empregado tem em concordar com o ingresso e presença do Auditor Fiscal do Trabalho no seu domicílio, caso em que a fiscalização transcorrerá *in loco*.

9 Referências bibliográficas

BBC. *BBC interview with Robert Kelly interrupted by children live on air*. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/av/world-39232538/bbc-interview-with-robert-kelly-interrupted-by-children-live-on-air>> Acesso em 03/01/2018.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *O novo manual do trabalho doméstico: com os comentários aos artigos da LC nº 150/2015*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DE MASI, Domenico. *O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial*. 11. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2014.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 440

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MIZIARA, Raphael. *Reforma não permite que empresa transfira custos de home office ao trabalhador*. Disponível em: <<http://www>.

conjur.com.br/2017-jul-25/raphael-miziara-reforma-nao-livra-empregador-custos-teletrabalho> Publicado em 25 de julho de 2017. Acesso em: 01/03/2018.

MIZIARA, Raphael; NAHAS, Tereza C.; PEREIRA, Leone. *CLT comparada urgente*. 2. ed. São Paulo: RT, 2018.

QUINTAS, Paula. *Os direitos da personalidade consagrados no Código do Trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado: direitos (des)figurados*. Coimbra: Almedina, 2013.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Novas formas da realidade laboral: o teletrabalho*. In: *Estudos de direito do trabalho*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2003.

SANFELICI, Patrícia de Mello; FLEISCHMANN, Rogério Uzun. *Teletrabalho: liberdade ou escravidão?* In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da. [Org. et. al.] *Reforma trabalhista na visão de Procuradores do Trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2018.

VALÉRIO, Juliana Herek. *Reforma trabalhista: retrocesso em 20 pontos*. Jota: 26 de abril de 2017 – 09h34. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/reforma-trabalhista-retrocesso-em-20-pontos-26042017>> Acesso em 03/01/2018.

THIBAUT ARANDA, Javier; JURADO SEGOVIA, Angel. *Algunas consideraciones em torno al acuerdo marco europeo sobre teletrabajo*. In: *Temas Laborales*, nº 72/2003.