

LEI Nº 12.551/2011 E A NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 6º DA CLT: A APLICAÇÃO DA CLT AO TELETRABALHADOR

Larissa Rodrigues D'Angelis⁴

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo definir o conceito de teletrabalhador, bem como traçar os pressupostos dessa nova relação de emprego. Diante disto, pretende-se explicar a caracterização do vínculo empregatício, contrapondo os questionamentos que surgiram a partir da alteração do artigo 6º da Consolidação das Leis Trabalhistas e identificar como a CLT será aplicada nesta nova relação laboral que vem surgindo, já que o teletrabalhador não se submete as dimensões clássicas de emprego.

PALAVRAS-CHAVE: teletrabalho; trabalho à distância; vínculo empregatício; jornada de trabalho.

ÁREA DE INTERESSE: Direito do Trabalho

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata das mudanças nas relações trabalhistas, pois com o uso da tecnologia, permitiu-se que o empregado preste serviços ao empregador mesmo que a distância, surgindo, assim, o teletrabalho.

Maior produtividade, redução de custos, quebra de barreiras territoriais, inclusão social, são consequências do trabalho prestado à distância, em que há utilização de meios tecnológicos. Estas vantagens fazem com que cada dia mais o teletrabalho faça parte da sociedade.

Ocorre que sempre que algo novo adere incisivamente o comportamento social, além das vantagens, surgem também problemas e vários questionamentos sobre sua prática.

Deste modo, no que tange o teletrabalho, questionam-se a existência do vínculo empregatício, e decorrente disto, os demais direitos do teletrabalhador.

Assim, este artigo vem demonstrar, através de uma abordagem jurídica, a relação de emprego existente no teletrabalho, bem como a aplicação das normas trabalhistas, de acordo com o entendimento que vem sendo formado através dos doutrinadores do direito e do entendimento jurisprudencial dos magistrados.

2 AS NOVAS TECNOLOGIAS E OS IMPACTOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

O Direito do trabalho, no sentido lato, que compreende o Direito Individual e o Direito Coletivo do Trabalho, advém da necessidade de regular as relações e litígios oriundos das relações de emprego. Consoante com este entendimento, Maurício Godinho Delgado, em seu livro Curso de Direito do Trabalho, conceitua o Direito Trabalhista como o

Complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios jurídicos concernentes às relações coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas. (DELGADO, 2012, p. 51).

Ademais, cumpre explicitar que a relação de emprego é uma relação jurídica, em que uma pessoa física (empregado), presta serviço a outrem de forma pessoal, onerosa, não-eventual e subordinada.

Entretanto, embora o Direito do Trabalho tenha conceitos e formas de aplicações bastante consolidadas e bem embasadas nos preceitos basilares da matéria, ao longo do tempo, o Direito do Trabalho careceu de adaptar-se às novas práticas cotidianas das relações de emprego, para que, deste modo, pudesse continuar a perpetrar decisões e entendimentos no ordenamento jurídico de maneira justa e consoante à realidade da sociedade.

Atualmente, com a nova era que surge, a sociedade se encontra em um processo tecnológico, passando reiteradamente por revoluções digitais, em que os meios de comunicação começam a afetar incisivamente a vida pessoal e profissional da população.

Assim sendo, a utilização de meios tecnológicos, como celulares ou notebooks, possibilitam a interligação de dados e informações mediante o uso de Banco de Dados, Planilhas Eletrônicas, além de permitir o contato em tempo real entre empregado e empregador, mesmo que em lugares diferentes, através de e-mails, mensagens instantâneas, videoconferências, o que permite maior agilidade e redução de despesas, fazendo com que escritório tradicional ceda espaço ao escritório virtual.

O teletrabalho, de origem grega, onde tele significa distância, pode ocorrer por variadas formas, como através de Centro Satélites, que são centro de trabalho remoto onde abrigam pessoas trabalhando para um só empregador, Home-Office, desenvolvido na própria residência do trabalhador ligada a uma base de dados, dentre outros. O trabalho prestado à distância também pode abranger vendedores, corretores, jornalistas, blogueiros.

Deste modo, constata-se que com as revoluções digitais e o uso cada vez mais frequente da tecnologia como ferramenta de trabalho alteraram a forma de se trabalhar, fazendo com que o ordenamento jurídico se adequasse a esta nova prática trabalhista.

3 A REPERCUSSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O Direito do Trabalho, criado à luz da Revolução Industrial (Século XVIII), constituiu-se através das premissas do trabalho realizado nas fabricas, sob operação de máquinas a vapor, mecanização de tarefas, produção em série e a concentração de grande mão-de-obra assalariada, diretamente subordinada.

No entanto, as exigências do mercado contemporâneo, para que as empresas utilizem novos meios tecnológicos que possibilitam maior produção com baixo tempo e custo, bem como a necessidade de ultrapassar barreiras extraterritoriais existentes no mercado, fazem surgir um novo tipo de relação de emprego, o teletrabalho.

A fim de se adequar a esta nova fase tecnológica o artigo 6º da Consolidação das Leis trabalhistas sofreu alteração para inserir o trabalho a distância em seu texto, garantindo ao teletrabalhador os mesmos direitos daqueles que prestam serviço no estabelecimento do empregador.

Destarte, o referido artigo, aduz que “Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego.” (BRASIL, 1943)

Não obstante, com o advento da Lei nº 12.551 de 15/12/2011, em vigor desde a sua publicação, passou a dispor o seguinte texto:

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

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (BRASIL, 1943). (Grifou-se)

Entretanto a Lei 12.551/2011 não trouxe novidades, haja vis-

ta que este entendimento já vinha sendo perpetrado nas decisões dos magistrados e as dúvidas existentes em relação ao teletrabalho não foram sanadas pela lei.

Ademais, há em tramitação no Congresso Nacional o projeto de lei nº 4505 de 2008, do Deputado Luiz Paulo Vellozo Lucas que “Regulamenta o trabalho à distância, conceitua e disciplina as relações de teletrabalho e dá outras providências” (BRASIL, 2008).

Posto isto, verifica-se que a intenção de regulamentar o teletrabalho e a mudança já ocorrida na legislação celetista, prosperam mais segurança jurídica ao teletrabalho. Entretanto, avulsa as mudanças da legislação, o ordenamento jurídico já reconhecia o teletrabalho, como se observa adiante.

1 DEFINIÇÃO DE TELETRABALHO

A definição de teletrabalho se encontra em um processo de formação evolutiva, havendo mais de uma definição e algumas divergências quanto ao uso dos meios telemáticos² e a frequência das atividades realizadas fora do estabelecimento do empregador.

Desta forma, vale aludir o conceito trazido pela Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1996, apud JARDIM, 2003, p. 37), em que teletrabalho “é a forma de trabalho efetuada em lugar distante do escritório central e/ou do centro de produção, que permita a separação física e que implique o uso de uma nova tecnologia facilitadora da comunicação”. (Grifou-se)

Já a Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades (SOBRATT, 2008) aduz que:

Teletrabalho é todo e qualquer trabalho realizado a distância (tele), ou seja, fora do local tradicional de trabalho (escritório da empresa), com a utilização da tecnologia da informação e da comunicação, ou mais especificamente, com computadores, telefonia fixa e celular e toda tecnologia que permita trabalhar em qualquer lugar e receber e transmitir informações, arquivos de texto, imagem ou som relacionados à atividade laboral.(Grifou-se).

Sendo assim, pode-se entender como requisitos essenciais para configurar uma atividade como teletrabalho, a prestação de serviço fora do estabelecimento patronal e a utilização de tecnologias para permitir o contato entre empregado e empregador³.

Para Alice Monteiro de Barros (2007, p. 317), “teletrabalho é modalidade especial de trabalho à distância” e se distingue de trabalho a domicílio, não somente pelo desempenho de tarefas mais complexas do que as manuais, mas também por abranger setores diversos como vendas e consultorias, além da utilização de novas tecnologias.

Contudo, estes conceitos são vagos e possuem algumas

lacunas, dificultando o enquadramento de determinado serviço como teletrabalho, como quando o trabalhador também frequenta o estabelecimento patronal. Além disso, a atividade não necessita que o uso de meios telemáticos sejam através de novas tecnologias, mas sim, de meios tecnológicos.

Por isto, com intuito de melhor definir a espécie, a autora entende por teletrabalho, aquele prestado, em ponto fixo ou variável, predominantemente fora do estabelecimento do empregador, onde haja a utilização de tecnologias, sobretudo, da informação e da comunicação à distância, como meio de controle e comando das tarefas desempenhadas pelo obreiro.

Frente ao conceito de teletrabalhador, agora, pode-se realizar uma análise jurídica do teletrabalho, indentificando o vínculo trabalhista e os demais direitos do empregado.

2 ASPECTOS JURÍDICOS DO TELETRABALHO

Embora a legislação preestabeleça os requisitos do contrato de trabalho e resguarde os direitos da parte hipossuficiente, estes preceitos estão predominantemente ligados ao trabalho presencial, enquanto o trabalhador esta cada vez menos presente no ambiente pratronal e mais ligado aos meios tecnológicos.

Por isto, surge, primeiramente, a indagação quanto à existência de subordinação e não-eventualidade, e, conseqüentemente, se há configuração do vínculo de emprego no teletrabalho. Outrosim, intrinsecamente relacionado, também se questiona o controle de jornada, horas-extras, dentre outros direitos, motivo pelo qual passa-se à análise da questão.

2.1 Configuração do Vínculo Empregatício

Dispõe a CLT, em seu artigo 442 que o “contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. Não obstante, infere-se dos artigos 2º e 3º da CLT, ao elencar os conceitos de empregado e empregador, os elementos fático-jurídicos que compreendem a relação empregatícia. In verbis:

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

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. (BRASIL, 1943)

Isto posto, compreende-se, pela doutrina majoritária, a existência de cinco elementos fático-jurídicos, que são a prestação de trabalho por pessoa física a um tomador, efetuada com intuito

personae (pessoalidade), de forma não-eventual, onerosa e sob subordinação ao tomador de serviços.

Assim, presente estes requisitos, bem como a prestação de serviço fora do ambiente patronal e mediante o uso de tecnologias, configura-se o vínculo empregatício no teletrabalho.

Entretanto, com o intuito de se esquivarem do reconhecimento do vínculo de emprego e suas conseqüências, algumas correntes alegam a ausência de subordinação ou não-eventualidade na prestação de serviço do teletrabalhador, devido a maior dificuldade em indentificá-los nesta nova modalidade de emprego.

2.1.1 Subordinação

Neste atual contexto de constante crescimento dos trabalhos à distância, o trabalhador passa a não se apresentar mais no ambiente patronal e, portanto, não se submete à dimensão clássica de subordinação direta. Desta forma, é necessário que a perspectiva de subordinação seja revista, de modo a coibir a identificação do teletrabalhador como autônomo.

Primeiramente, cumpre salientar que o empregado diverge do autônomo devido à ausência de subordinação deste, vez que exerce suas atividades por conta própria e assume todos os riscos da atividade. Além disso, é regulamentado pelos artigos 539 a 609 do Código Civil, possuindo a denominação Prestação de Serviços.

Em contraponto às características do autônomo, o teletrabalhador não assume os riscos da atividade, estando vinculado, ainda que indiretamente, ao arbítrio do tomador de serviço, na medida em que exerce suas atividades a partir das decisões do tomador de serviços e seu êxito está condicionado à aprovação deste. Isto ocorre, por exemplo, com a constante troca de e-mails e mensagens, que determinam as tarefas a serem realizadas e monitoram a execução.

Ademais, conforme prevê a nova redação do artigo 6º da legislação celetista (BRASIL, 1943), “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”.

Portanto, não há que se falar em ausência de subordinação no trabalho à distância, por não possuir comando direto, haja vista que as novas tecnologias concedem o contato entre empregado e empregador, permitindo a incidência de controle e a supervisão. Assim, a subordinação no teletrabalho, pode ocorrer através de sistema de logon/logoff, relatórios, mensagens instantâneas, ligações, dentre outras.

Ainda que, como ocorre em alguns casos, o tomador de serviço não controle constantemente o serviço que lhe é prestado, abrاندando ainda mais a presença da subordinação e aumentando o risco da informalidade do teletrabalhador, este

permanece sobre controle e supervisão, vez que a presença de subordinação esta ligada à concretização do trabalho pactuado nos moldes da empresa, e não aos pequenos comandos ou decisões arbitrados pelo obreiro, que não interferem na atividade fim, como, por exemplo, o horário de lanche.

Desta forma, Maurício Godinho Delgado (2012, p. 336), ao delinear melhor a ausência de subordinação expõe que a mesma “[...] é aferida a partir de um critério objetivo, avaliando-se sua presença na atividade exercida, no modo de concretização do trabalho pactuado”. (Grifou-se)

Logo, embora a observância da subordinação se dê forma mais tênue no teletrabalho, no qual, ocorre devido à ausência de comando direto, circunstância que, muitas vezes, impede o reconhecimento do vínculo, Sérgio Pinto Martins (2007, p. 153) leciona que “a questão de o trabalhador prestar serviços externamente não irá dirimir a zona cinzenta que se revela entre a relação de emprego e o trabalho autônomo”.

Em Minas Gerais, as decisões do Tribunal Regional do Trabalho corroboram este entendimento. In verbis:

EMENTA: RELAÇÃO DE EMPREGO. A prestação de serviços na residência do empregado não constitui empecilho ao reconhecimento da relação de emprego, quando presentes os pressupostos exigidos pelo artigo 3º da CLT, visto que a hipótese apenas evidencia trabalho em domicílio. Aliás, considerando que a empresa forneceu equipamentos para o desenvolvimento da atividade, como linha telefônica, computador, impressora e móveis, considero caracterizada hipótese de teletrabalho, visto que o ajuste envolvia execução de atividade especializada com o auxílio da informática e da telecomunicação. (TRT 3ª Região, Sétima Turma, RO 31973/09, Rel. Des. Jesse Claudio Franco de Alencar, DJ 25.11.2009)

Consoante este entendimento, Maurício Godinho Delgado (2012, p. 289-299) entende, como forma de superar as dificuldades de equacionamento dos fatos do novo mundo e alcançar o expansionismo do Direito do Trabalho, que é trabalhador subordinado quaisquer daqueles que se enquadrarem a uma das três dimensões de subordinação, seja a classica (tradicional), objetiva ou estrutural. O doutrinador propõe que:

Na essência, é trabalhador subordinado desde o humilde e tradicional obreiro que se submete à intensa pleora de ordens do tomador ao longo de sua prestação de serviços (subordinação classica

ou estrutural), como também aquele que realiza, ainda que sem incessantes ordens diretas, no plano manual ou intelectual, os objetivos empresariais (subordinação objetiva), a par do prestador laborativo que, sem receber ordens diretas das chefias do tomador de serviços, nem exatamente realiza os objetivos do empreendimento (atividades de meio), por exemplo, acopla-se, estruturalmente, à organização e dinâmica operacional da empresa tomadora, qualquer que seja sua função ou especialização, incorporando, necessariamente, a cultura cotidiana empresarial ao longo da prestação de serviço realizada (subordinação estrutural). (DELGADO, 2012, p. 298-299)

Ante o exposto, seja o teletrabalho, comandado do modo clássico, com o emprego de, por exemplo, Workflow⁴, login/logoff e mensagens instantâneas durante todo o exercício da atividade, ou de modo objetivo ou estrutural, mediante o uso de e-mails semanais e banco de dados onde as tarefas são incluídas após finalizadas, há, evidentemente, a presença de subordinação, não podendo, por este motivo, descaracterizar o vínculo de emprego do teletrabalhador.

2.1.2 Não eventualidade

No que tange à habitualidade no estabelecimento do empregador, muito se questiona o caráter eventual da prestação de serviço no teletrabalho, na qual, diante da baixa frequência ou ausência comparecimento ao ambiente patronal, sofrem, de maneira fraudulenta, a descaracterização do vínculo.

Entretanto, entende-se, de acordo com a teoria dos fins empreendimento, que “[...] eventual será o trabalhador chamado a realizar tarefa não inserida nos fins normais da empresa” (GODINHO, 2012, P. 290). Deste modo, são eventuais aqueles que exercem atividade de meio, cujo objetivo é proporcionar a execução das tarefas de objetivo principal da empresa.

Posto isto, mesmo que o teletrabalhador compareça esporadicamente às dependências do empregador, seu serviço também tem por objetivo alcançar a finalidade da empresa. Assim, não há como impedir a descaracterização do vínculo por sua natureza tecnológica permitir a prestação de serviço à distância, vez que a mesma continua a ser exercida, ainda que embora fora do ambiente patronal.

Ademais, a jurisprudência corrobora este entendimento. Vejamos:

VÍNCULO DE EMPREGO. PROFESSOR. CURSOS À

DISTÂNCIA. Como bem destaca a r. sentença recorrida, o reclamante foi contratado intuitu personae para trabalhar no assessoramento dos cursos à distância. A intermitência invocada pela reclamada não descaracteriza o vínculo jurídico de emprego entre o professor e a instituição de ensino, por não ser imprescindível que o empregado compareça ao estabelecimento de ensino todos os dias, especialmente no presente caso concreto, por ter sido contratado o reclamante para trabalhar na execução do Projeto Pedagógico dos Cursos à Distância instituído pela Universidade reclamada, portanto só comparecendo às atividades presenciais com a frequência que lhe for determinada pelo empregador, o que não descaracteriza a 'não eventualidade' do vínculo jurídico contratual que preside o relacionamento jurídico entre as partes. 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 online 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. A atividade empresarial de educação superior adotada pela reclamada é permanente, como instituição de ensino superior privada - uma Universidade particular -, cuja característica de permanência fundamenta o princípio jurídico da continuidade da relação de emprego, de molde a afastar a suposta eventualidade por ela invocada. (TRT da 3ª Região, 3ª Turma, RO 00423-2009-042-03-00-1 RO, Rel. Milton V. Thibau de Almeida - DJ 8/2/2010).

Outrossim, o próprio texto celetista, ao se referir a um dos requisitos para configuração do vínculo empregatício como não-eventualidade, por si só, demonstra a intenção do legislador

em determinar que o simples fato do trabalho ser descontínuo ou ininterrupto não descaracterizaria o vínculo. Assim, um trabalhador que presta seus serviços de forma permanente, mas apenas às sextas, não seria hipótese de trabalho eventual.

Desta forma, seja o serviço for prestado exclusivamente à distância ou de modo que o teletrabalhador também visite, esporadicamente, o ambiente patronal, não poderá ser descartado o vínculo de emprego pela ausência de não-eventualidade caso o serviço seja prestado de forma permanente.

2.2 Jornada de Trabalho, Horas-Extra e Sobravisio

Intrinsecamente relacionada à dificuldade em evidenciar a caracterização do vínculo empregatício, surge a dúvida se o teletrabalhador faz jus ao recebimento de horas-extra ou sobreaviso. Entretanto, para isto é necessário delinear, primeiramente, como será realizada e controlada sua jornada.

Segundo Sérgio Pinto Martins, em francês, usa-se a expressão jour, que significa dia, e journée para jornada, de modo que jornada de trabalho a quantidade de labor diário do empregado (MARITNS, 2007, p. 488).

Já Maurício Godinho, leciona de forma mais precisa que “Jornada de trabalho é o lapso temporal diário em que o empregado se coloca à disposição do empregador em virtude do respectivo contrato” (DELGADO, 2012, p. 862). Assim, o texto constitucional determina a jornada máxima de 8 (oito) horas diárias, podendo chegar até 44 (quarenta e quatro) horas semanais. In verbis:

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

XIII. Duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (BRASIL, 1988)

Entretanto, o artigo 59 da CLT dispõe que “A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho” (BRASIL, 1943), bem como o pagamento das horas com acréscimo de no mínimo 50% sobre a hora normal. Deste modo, o trabalho que for prestado em sobretempo à jornada normal do empregado, dará a este o direito ao recebimento de horas-extras.

Não obstante ao previsto no texto celetista, bem como a garantia fundamental constitucional, existe uma corrente que entende não

fazer jus o teletrabalhador ao recebimento de horas-extras. Tal posicionamento baseia-se na classificação de sua jornada como “não controlada”, que são aquelas quando o empregador não pode realizar efetivo controle, prevista no artigo 62, I, do texto celetista⁵.

Consoante este entendimento, o Deputado Luiz Paulo Vellozo Lucas, no artigo 6º, Parágrafo Único do Projeto de Lei 4505 de 2008, determina que “Em razão do caráter de controle de jornada aberta e, via de regra, de forma virtual, aos empregados teletrabalhadores não será contemplado o direito às horas extras, devendo a remuneração ajustar-se às horas normais de trabalho” (BRASIL, 2008).

Entretanto, somente não se enseja cálculo de hora-extra quando a aferição da jornada de trabalho do obreiro for insuscetível, ou seja, quando a impossibilidade do cômputo do seu tempo de serviço impede a percepção da prestação de horas extraordinárias. O que nem sempre ocorre no teletrabalho.

Embora o teletrabalhador preste serviço fora do alcance do seu empregador, esta modalidade de trabalho, que possui como um dos seus requisitos o uso da temática, permite, por meio desta, o efetivo controle da jornada, através do registro de login/logoff do obreiro no sistema.

O controle da jornada também pode ocorrer mediante a utilização de outros recursos tecnológicos. Exemplo disto ocorre na International Business Machines (IBM), onde os representantes de vendas em São Paulo digitam seus nomes em micro localizadores ao descerem do elevador, obtendo deste a informação da mesa que utilizaram⁶.

Além disto, deve ser aplicado ao teletrabalhador, de acordo com o expansionismo do Direito do Trabalho, o disposto no artigo 74, § 3º, da CLT, já que meios informatizados como os bancos de dados e Workflow podem ser equiparados às fichas e papeletas que constam os horários dos empregados.

Vale ressaltar que a limitação da jornada de trabalho é necessária e possui embasamento, segundo Sergio Pinto Martins, em pelo menos quatro fundamentos: biológicos, que dizem respeito aos efeitos psicofisiológicos causados ao empregador, decorrentes da fadiga; sociais, pois o empregado deve poder conviver e relacionar com outras pessoas, com a família, além de tempo para o lazer, econômicos, diminuindo o problema de desemprego; e humanos, diminuindo os acidentes do trabalho (MARTINS, 2007, p. 491).

Nesta perspectiva, o teletrabalho traz consigo a vantagem de possibilitar que o obreiro passe mais tempo em casa, com a família ou descansando, já que não gasta tempo com deslocamento ou possíveis engarrafamentos, por exemplo. Contudo, o que seria uma vantagem se torna um problema caso a jornada seja aberta. Pois, sem fazer jus a horas-extra, o empregador poderá socilitá-lo a qualquer momento, sobrecarregando sua jornada, além de propiciar que não haja a contratação de outros funcionários com

quem deveria dividir as tarefas.

Assim, fixada a jornada do teletrabalhador, procedimentos como a troca de mensagens entre empregado e empregador ou e-mails com ordens de serviço em horário extraordinário, darão ao obreiro o direito ao recebimento horas-extra. Deverá o tomador, a fim de se resguardar, inserir no corpo do e-mail que as tarefas ali delineadas deverão ser cumpridas durante a jornada de serviço, e também evitar ligações ou mensagens instantâneas fora do horário.

Outro aspecto do teletrabalho que gera divergência, é caracterização do regime de sobreaviso, principalmente após a nova redação dada ao artigo 6º da CLT, no qual, equipara os aparelhos telemáticos aos meios pessoais e diretos de controle e supervisão.

Entende-se por sobreaviso, segundo o artigo 244, § 2º da CLT (BRASIL, 1943), o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Este dispositivo foi editado exclusivamente para os ferroviários, entretanto, os novos meios de comunicação utilizados em outros segmentos, fizeram com que houvesse uma interpretação analógica, para possibilitar os demais trabalhadores o direito ao sobreaviso.

Assim, também conforme o dispositivo legal supracitado, o obreiro que permanecer sob o regime de sobreaviso fará jus ao recebimento de 1/3 da hora de serviço normal:

§ 2º - 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 do salário normal. (BRASIL, 1943)

Havia o entendimento de que o simples uso de aparelho de intercomunicação, como o celular, por si só, não caracterizava regime de sobreaviso. Era necessário que o empregado permanecesse em sua casa aguardando o chamado, como dispunha a redação anterior da Súmula 428 do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Entretanto, após a inclusão do parágrafo único ao artigo 6º da CLT e com a ampliação interpretativa jurtrabalhista, a Súmula 428 do TST foi modificada, passando a versar:

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

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

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à

distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso. (BRASIL, 2012)

Assim, passa valer o entendimento de que o uso dos meios telemáticos relativiza a limitação da liberdade de locomoção do empregado, sendo possível atrelar seu uso às peculiaridades que revelem o controle efetivo do trabalhador, como, por exemplo, escalas de plantão. Até mesmo porque este entendimento de permanecer em casa esta ultrapassado, vez que com o uso dos meios informatizados, tal como celulares, permite-se ao empregador manter contato e comando sob o empregado, mesmo a distância.

Destarte, Corroborando este entendimento, veja-se as mais recentes Jurisprudências do TST:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SOBREAVISO. REGIME DE PLANTÃO. USO DE CELULAR.

Esta colenda Corte Superior firmou entendimento no sentido de que considera-se em sobreaviso o empregado que à distância e submetido a controle por qualquer meio telemático ou informatizado, permanece em regime de plantão, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço, durante o seu período de descanso (Inteligência do item II da Orientação Jurisprudencial nº 428 da SBDI-1.

Na hipótese dos autos, o egrégio Tribunal Regional registrou que o reclamante atendia ocorrências nos períodos de intervalo interjornada durante a semana, podendo ser acionado a qualquer momento através de aparelho celular fornecido pela reclamada para uso exclusivo em serviço, razão pela manteve a r. sentença que deferiu tal período como de sobreaviso.

Dessa forma, percebe-se que a decisão regional foi proferida em plena consonância com o item II da Orientação Jurisprudencial nº 428 da SBDI-1, o que torna inviável o conhecimento do apelo, em face da Súmula nº 333 e do artigo 896, § 4º, da CLT.

Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST, AIRR nº 463-35.2012.5.24.0031, Rel. Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 24/05/2013). (Grifou-se.)

Ementa: RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO

SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.496/2007. HORAS EXTRAS. SOBREAVISO. REGIME DE PLANTÃO. ITEM II DA SÚMULA Nº 428 DESTA CORTE SUPERIOR. *Consoante o disposto na parte final do inciso II do artigo 894 da Consolidação das Leis do Trabalho, não caberá recurso de embargos “se a decisão recorrida estiver em consonância com orientação jurisprudencial ou súmula do Tribunal Superior do Trabalho”. Proferida a decisão da Turma em sintonia com o disposto na Súmula n.º 428, item II, desta Corte superior, no sentido de que -considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso-, resultam incabíveis os presentes embargos. Recurso de embargos não conhecido. (TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-RR nº 4200-20.2005.5.03.0114 , Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DEJT 17/05/2013.) Grifou-se)*

Portanto, segue o entendimento que o empregado que à distância estiver submetido ao controle e comando do tomador, permanecendo em regime de plantão durante seu período de descanso, fara jus ao sobreaviso.

Ademais, o uso da telemática permite que o empregado saia de casa mesmo em sobreaviso pelo fácil contato com seu empregador através de aparelhos móveis. E, ainda assim, o obreiro tem seu direito de ir e vir limitado, vez que precisa permanecer dentro de um raio de alcance dos aparelhos e de acesso ao trabalho caso seja chamado.

Diante de todo o exposto, ressalta-se que no teletrabalho é essencial o uso de instrumentos informatizados. Assim, o simples acesso do empregado ao email, ou responder uma mensagem do empregador fora do horário de serviço seriam suficientes para caracterizar horas-extra e sobreaviso?

Há uma linha muito tênue que separa esta caracterização no teletrabalho devido ao fácil acesso do obreiro aos meios de comunicação. Por isto, caso o empregador não tenha interesse no trabalho em tempo extraordinário deverá se resguardar. Para isto, poderá colocar bloqueio nos logins no período que não compreender a jornada do trabalhador, avisos de que as mensagens ou e-mails deverão ser respondidas e realizadas durante a jornada.

Caso o empregado desobedeça, deverá o tomador aplicar advertências, pois se o empregado acaba extrapolando sua jornada constantemente, como, por exemplo, ocorre quando o volume de

serviço é muito grande, e o empregador, embora não tenha solicitado, consentir com esta prática, também fará com que o empregado faça jus a remuneração extra.

Isto posto, é indiscutível a possibilidade de se controlar a jornada de trabalho do teletrabalhador e, sendo esta possível, é patente seu direito a horas-extras, sbreaviso e os demais direitos relacionados a jornada do obreiro.

3 CONSEQUENCIAS DA LEI 12.551/2011

Ante uma primeira análise, não são visíveis grandes mudanças após a publicação da Lei 12551/2011, vez que já prosperava o entendimento de equiparação entre empregado que presta serviço no estabelecimento patronal e teletrabalhador, conforme demonstra-se através da jurisprudência do ano de 2009:

EMENTA: RELAÇÃO DE EMPREGO. A prestação de serviços na residência do empregado não constitui empecilho ao reconhecimento da relação de emprego, quando presentes os pressupostos exigidos pelo artigo 3º da CLT, visto que a hipótese apenas evidencia trabalho em domicílio. Aliás, considerando que a empresa forneceu equipamentos para o desenvolvimento da atividade, como linha telefônica, computador, impressora e móveis, considero caracterizada hipótese de teletrabalho, visto que o ajuste envolvia execução de atividade especializada com o auxílio da informática e da telecomunicação. (TRT da 3ª Região, Sétima Turma, RO nº 31973/09, Rel. Jesse Cláudio Franco de Alencar, DEJT 25/11/2009.)

Ademais, Maurício Godinho Delgado (2012, p. 906) entende que o “avanço trazido pela nova redação do artigo 6º e parágrafo único da CLT, viabilizando a renovação e expansionismo da relação de emprego, talvez não seja capaz de produzir significativas repercussões no plano da jornada de trabalho”.

Entretanto, segundo o Presidente do TST, João Oreste Dalazen, foi o advento da Lei 12.551/2011, um dos principais motivos ensejadores da revisão na Súmula 428 do TST, vez que aquela determinou a possibilidade de supervisão da jornada de trabalho desenvolvida fora do estabelecimento patronal, de maneira eficaz, através dos avanços tecnológicos dos instrumentos telemáticos e informatizados.

Além disto, a alteração do artigo 6º da CLT ampliou o entendimento dos magistrados, vez que passaram, não só a ter um gradativo reconhecimento do vínculo de emprego do teletrabalhador, mas também a ampliação dos direitos que lhe são devidos.

Posto isto, observa-se que embora a Lei 12.551/2011 não conduziu largas mudanças, visto que já havia o entendimento de equiparação entre trabalhador convencional e teletrabalhador, o advento da Lei é de grande valia, vez que esta consolidando os demais direitos inerentes ao teletrabalhador.

4 PROJETO DE LEI Nº 4505 DE 2008

Como já mencionado, existe um projeto de lei que visa regulamentar o teletrabalho, sob o argumento de que “interpretando-se o art. 7º, inciso XXVII, da Constituição Federal, observa-se claramente a preocupação e o interesse do Estado brasileiro em regulamentar as matérias de direito que possam representar risco ao trabalho” (BRASIL, 2008) indicando expressamente que deve existir lei específica sobre a proteção em face da automação.

Adiante, o artigo 1º do Projeto traz o conceito de teletrabalhador. In verbis:

Art. 1º Para os fins desta Lei, entende-se como teletrabalho todas as formas de trabalho desenvolvidas sob controle de um empregador ou para um cliente, por um empregado ou trabalhador autônomo de forma regular e por uma cota superior a quarenta por cento do tempo de trabalho em um ou mais lugares diversos do local de trabalho regular, sendo utilizadas para realização das atividades laborativas tecnologias informáticas e de telecomunicações. (BRASIL, 2008)

Contudo, o Projeto restringe o conceito de teletrabalhador ao determinar uma cota superior a quarenta por cento do tempo de trabalho em um ou mais lugares diversos do local de trabalho regular.

Desta forma, o conceito distância a norma de sua efetiva aplicação, além de violar o Princípio da Primazia da Realidade sobre Forma, vez que a fixação de cota dificulta e restringe a identificação da existência do teletrabalho.

Assim, entende-se que a legislação deve determinar, apenas, que o serviço prestado deva ocorrer predominantemente fora do estabelecimento patronal, de modo que fique a cargo magistrados a análise ao caso concreto.

Outro ponto que vale ser discutido é o Parágrafo Único do artigo 6º deste Projeto⁷ e artigo 7º, alínea “c”⁸, pois os mesmos dispõem não fazer jus o empregado teletrabalhador a horas-extras, além do dever de arcar com a manutenção dos equipamentos e materias ao empregado.

O disposto nos artigo supracitados, nada mais é do que um retrocesso às conquistas da classe operaria, vez que viola a proposição fundamental do Direito Trabalhista, contrariando os

Princípios da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas, Proteção, dentre outros.

Embora a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 7º, XXVII (BRASIL/ 1988) determina que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social a proteção em face da automação, na forma da lei, observa que este projeto não atende ao dispositivo constitucional.

Ressalta-se que o projeto já foi aprovado pela Mesa da Câmara e pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), sem qualquer veto ou emendas relacionadas aos artigos aludidos. Assim, verifica-se a possível ocorrência de Lobby⁹, vez que a violação à direitos trabalhistas tão solidificados só se justifica pela influência ou pressão de fortes grupos que visam interesses privados.

Ante o exposto, o projeto é anacrônico e não apresenta avanços para o Direito Trabalhista, por isto, não deve ser aprovado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente vivemos em uma sociedade, que diante de abissais processos tecnológicos, tornou-se dependente destes meios informatizados, vez que eles simplificam a rotina.

Tal tecnologia alterou os hábitos de toda sociedade, em especial nas relações de emprego, devido a fatores como a facilidade na produção de serviços, o aumento da competitividade, a redução do tempo e a diminuição dos custos. Assim, dentro das empresas, tanto a realização das tarefas quanto os meios de comunicação, foram alterados para inserir os mecanismos tecnológicos ao desempenho das tarefas.

Destarte, com introdução dos meios eletrônicos nas relações trabalhistas, surgiram diversos questionamentos quanto à existência esta nova modalidade de emprego e, conseqüentemente, os direitos dos teletrabalhadores.

Conclui-se, a partir do estudo realizado, que o teletrabalho é definido como aquele prestado, em ponto fixo ou variável, predominantemente fora do estabelecimento do empregador, onde haja a utilização de tecnologias, sobretudo, da informação e da comunicação à distância, como meio de controle e comando das tarefas desempenhadas pelo obreiro.

Deste modo, existe vínculo de emprego, vez trata-se de empregado como os que prestam serviço de forma convencional. Estes se diferenciam apenas na maneira como o serviço é prestado, já que a competitividade do mercado exigiu a inclusão da tecnologia na rotina de trabalho.

Dito isto, conclui-se que existente o vínculo de emprego, o teletrabalhador faz jus a todos os direitos inerentes à classe operaria, inclusive horas-extras e sobreaviso, tendo em vista a possibilidade

do controle de sua jornada. Destarte, através de uma análise aos preceitos trabalhistas as normas trabalhistas existentes devem ser aplicadas aos teletrabalhadores, garantindo-lhes a proteção jurtrabalhista a parte hipossuficiente da relação.

Observou-se que a alteração do artigo 6º da CLT, embora tenha trazido alguns ganhos quanto ao avanço de entendimento das garantias dos teletrabalhadores, promovendo a alteração da Súmula 428 do TST, não foi suficiente, tendo em vista que não trouxe efetivas mudanças para o Direito Trabalhista.

Primeiramente, em reconhecer o vínculo empregatício para o teletrabalhador, vez que o entendimento aplicado já era adotado, de forma pacífica, antes da alteração do artigo.

Ademais, não trouxe um conceito de teletrabalho, nem trata das peculiaridades desta modalidade de emprego, como, por exemplo, a determinação do responsável por arcar com os custos de manutenção dos aparelhos usados para trabalho.

Por fim, conclui-se que há necessidade em se criar lei específica que regulamente o teletrabalho, de modo a corroborar seus direitos, sanar dúvidas e peculiaridades desta forma de labor, evitar litígios judiciais desnecessárias que transbordam o judiciário, trazer maior segurança aos teletrabalhadores, bem como atender ao disposto no artigo 7º, XXVII, da CRFB/88 criando lei que protejam os trabalhadores em face da automação.

6 REFERÊNCIAS

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 3ª Turma, RO nº 00423-2009-042-03-00-1 RO, DJ 8/2/2010, Rel. Milton V. Thibau de Almeida. Disponível em: < <http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pldAcordao=718749&acesso=c26c2b32c7b7902cdeb41fedc77a35b3> >. Acesso: Março de 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 5ª Turma, AIRR nº 463-35.2012.5.24.0031, DEJT 24/05/2013, Rel. Guilherme Augusto Caputo Bastos. Disponível em: < <http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pldAcordao=718749&acesso=c26c2b32c7b7902cdeb41fedc77a35b3> >. Acesso em: Março de 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 7ª Turma, RO nº 31973/09, DEJT 25/11/2009, Rel. Jesse Claudio Franco de Alencar. Disponível em: < <http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pldAcordao=718749&acesso=c26c2b32c7b7902cdeb41fedc77a35b3> >. Acesso em: Abril de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. E-RR nº 4200-20.2005.5.03.0114, DEJT 17/05/2013, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa. Disponível em: < <http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pldAcordao=718749&acesso=c26c2b32c7b7902cdeb41fedc77a35b3> >. Acesso em: Maio de 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 3ª Turma,

RO nº 31973/09, DEJT 25/11/2009, Rel. Jesse Claudio Franco de Alencar. Disponível em: < <http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pldAcordao=718749&acesso=c26c2b32c7b7902cdeb41fedc77a35b3> >. Acesso em: Abril de 2013.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 3ª Turma, RO nº 31973/09, DEJT 25/11/2009, Rel. Jesse Claudio Franco de Alencar. Disponível em: < <http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pldAcordao=718749&acesso=c26c2b32c7b7902cdeb41fedc77a35b3> >. Acesso em: Abril de 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm >. Acesso em: Abril de 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 428. Sobreaviso Aplicação Analógica do Art. 244, § 2º da CLT. Disponível em < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-429 >. Acesso em: Abril de 2013.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm >. Acesso em: Março de 2013

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4505, de 2008. Regulamenta o trabalho à distância, conceitua e disciplina as relações de teletrabalho e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=420890> > Acesso em: Maio de 2013

MELO, Alvaro; LIMA, Fernando. Lei 12.551/11 - Esclarecimentos gerais. Disponível em: < <http://www.sobratt.org.br/lei-12551-11.html> >. Acesso em: Março de 2013

PINEL, Maria de Fátima de Lima. Teletrabalho: o trabalho na era digital. Rio de Janeiro: Faculdade de Administração e Finanças, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1998. (Dissertação de Mestrado em Ciências Contábeis). Disponível em: < <http://www.teletrabalhador.com/> >. Acesso em: Março de 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

MONTEIRO, Alice de Barros. Curso de Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2007.

JARDIM, Carla Carrara da Silva. O teletrabalho e suas atuais modalidades. São Paulo: LTr, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. São Paulo, 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. Fundamentos de Metodologia Científica. 4ªed. rev.ampl.. São Paulo: Atlas. 2001.

1 Acadêmica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

2 Meios telemáticos é o conjunto de tecnologias de transmissão de dados, que compreendem os recursos das telecomunicações (telefonia, satélite, fibras ópticas) e da informática (computadores, softwares e sistemas de redes), que possibilitam o processamento, armazenamento e a comunicação de grande quantidade de dados, em curto prazo, entre usuários localizados em qualquer lugar. (SILVA, 2007)

3 Além dos cinco requisitos fático-jurídicos já existentes, necessários para configuração de qualquer vínculo empregatício.

4 Workflow, em português fluxo de trabalho, segundo a Workflow Management Coalition, é a automação do processo de negócio, na sua totalidade ou em partes, onde documentos, informações ou tarefas são passadas de um participante para o outro para execução de uma ação, de acordo com um conjunto de regras de procedimentos.

5 Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;

6 Informação obtida pela Mestre em Ciências Contábeis Maria de Fátima de Lima, em sua página www.teletrabalhador.com

7 Art. 6º São direitos do empregado teletrabalhador: (...) Parágrafo único. Em razão do caráter de controle de jornada aberta e, via de regra, de forma virtual, aos empregados teletrabalhadores não será contemplado o direito às horas extras, devendo a remuneração ajustar-se às horas normais de trabalho. (BRASIL, 2008)

8 Art. 7º São deveres do empregado teletrabalhador: (...) c) manutenção adequada dos equipamentos e materiais que lhe forem disponibilizados pelo empregador, bem como conservação e asseio do seu ambiente de trabalho, observadas as normas de segurança, higiene e saúde no trabalho. (BRASIL, 2008)

9 Lobby, para Tiago Dantas “é um grupo de pressão na esfera política, um grupo de pessoas ou organizações que tentam influenciar, aberta ou secretamente, as decisões do poder público em favor de seus interesses.” (Equipe Brasil Escola, 2010?)

NOTAS DE FIM