



UNICEUB – CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

PEDRO RUBINO MACIEL

**TELETRABALHO: DESAFIOS PARA O ALCANCE DA PROTEÇÃO DO
TRABALHADOR**

Brasília

2015

PEDRO RUBINO MACIEL

**TELETRABALHO E A REGULARIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO:
DESAFIOS PARA O ALCANCE DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Prof.^a MsC. Luiz Emílio Pereira
Garcia

Brasília, ____ de _____ de 2015.

Professor Orientador: MsC. Luiz Emílio Pereira Garcia

Professor Examinador I

Professor Examinador II

Dedico o presente estudo a toda minha família e a meu orientador Luiz Emílio, que sempre me apoiaram, e acreditaram na minha capacidade.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a meus pais, José e Mônica, ambos da área jurídica, que me ajudaram a manter a calma durante este período final de faculdade, sempre me apoiando e confiando na minha capacidade perante os últimos desafios da graduação.

Igualmente agradeço a meus irmãos, Manuela, Paula, Bruno, Renta e Adriana e a minha avó Gilda, por me ajudarem a manter a calma nos meus momentos de agonia, me proporcionando um enorme apoio, nunca me deixando esquecer o por que estou aqui, o por que escolhi esta profissão, e sempre ressaltando que sou capaz de realizar meus sonhos profissionais e pessoais.

Ao meu professor e orientador Luiz Emílio, por acreditar no meu tema e no meu potencial de escrita, desde o primeiro semestre ajudando a me tornar um aluno melhor e, conseqüentemente, um melhor profissional.

Por último, gostaria de agradecer aos meus colegas da advocacia onde trabalho, Advocacia Maciel, que ajudaram muito ao meu crescimento pessoal e intelectual dentro do direito.

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar o Teletrabalho, uma nova forma de labor cada vez mais utilizada na sociedade moderna brasileira, realizada a distância do estabelecimento empresarial através de meios telemáticos que possibilitem a execução do serviço sem a presença física do empregado. Para tanto, analisa-se o contrato de trabalho clássico, suas características específicas, as características do contrato de emprego, os elementos caracterizadores do mesmo, quais sejam, a subordinação, a onerosidade, a não eventualidade e a pessoalidade, os princípios que regem o contrato de trabalho, frente a relação de emprego do teletrabalho, através da análise de jurisprudência e doutrina a respeito do tema. Será analisado o contrato de teletrabalho, a jornada de trabalho do empregado atuante neste tipo de regime, as vantagens e desvantagens de sua utilização. Assim, sendo questionados os aspectos legais decorrentes da prática desse novo direito que se apresenta, e as implicações quanto a falta de legislação, mas como também por uma pouca prática de seu uso. Trata-se de um novo direito que será cada vez mais ampliado e, portanto, regulamentado, um vez que esse direito surge de uma prática inovadora partindo da eletrônica, exigindo normas que o regulamentem.

PALAVRAS-CHAVE: contrato de trabalho, teletrabalho, jornada de trabalho, princípios do contrato de trabalho, legislação deficiente.

PEDRO RUBINO MACIEL

RA: 21107232

**O TELETRABALHO E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO
TRABALHADOR PELA FALTA DE CONTROLE DE JORNADA**

Dissertação de monografia apresentado para obtenção de título de Bacharel em Direito pelo Programa de Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof.^a MsC. Luiz Emílio Pereira Garcia.

Brasília – DF
2015

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 UM ESTUDO ACERCA DO CONTRATO DE TRABALHO	11
1.1. Os princípios relativos ao contrato de trabalho do trabalho	13
1.1.1 <i>Princípio da Proteção</i>	13
1.1.2 <i>Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas</i>	15
1.1.3 <i>Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana</i>	15
1.1.4 <i>Diferenças entre o princípio da razoabilidade e proporcionalidade</i>	16
1.2 Os elementos essenciais do contrato de trabalho	17
1.2.1 <i>A capacidade das partes</i>	17
1.2.2 <i>O Objeto lícito</i>	19
1.2.3 <i>A forma prescrita em lei</i>	20
1.3 Os requisitos para a caracterização do contrato de trabalho	21
1.3.1 <i>A personalidade</i>	21
1.3.2 <i>A Subordinação</i>	23
1.3.3 <i>A Onerosidade</i>	25
1.3.4 <i>A não eventualidade</i>	27

1.4 A duração do contrato de trabalho.....	28
1.5 As modalidades de jornada de trabalho	30
2 O INSTITUTO DO TELETRABALHO.....	34
2.1 Um breve histórico.....	34
2.2 Entendendo o Teletrabalho	36
2.4 O local de realização das funções.....	40
2.5 Os elementos caracterizadores do vínculo de emprego.....	41
2.6 As principais características do teletrabalhador	45
3 OS DESAFIOS E DIFICULDADES NA REGULAMENTAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO	47
3.1 A falta de legislação a respeito do tema	47
3.2 A jornada de Trabalho do Teletrabalhador	48
3.3 A caracterização do trabalho externo e sobreaviso	51
CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	61

INTRODUÇÃO

A questão principal que se busca enfrentar com o presente trabalho diz respeito a este novo tipo de labor que surgiu a partir das inovações tecnológicas aplicadas nas relações de trabalho, o chamado Teletrabalho, e as dificuldades de inclusão deste nas normas jurídicas atuais, assim como da aplicação dos princípios trabalhistas.

Não se prende o interesse do presente tema à mera discussão acadêmica, tendo em vista que afloram legislações sobre a nova matéria, a doutrina e a jurisprudência não serem amplas nem haver uma profundidade com relação ao estudo dessa nova matéria com sua aplicação prática no direito.

Há, porém, inegável interesse prático sobre o conhecimento do Teletrabalho, especialmente porque por meio dele pode ser alterado os costumes e a própria forma de atuação dos empregados e empresas, havendo uma modificação social a ser apreciada.

Como objetivo geral, o trabalho demonstra como, em tese, pode ser realizado o teletrabalho, suas especificidades, o desenvolvimento do mesmo com o avanço tecnológico que a sociedade vem sofrendo e suas mudanças culturais.

Ainda, os efeitos deste novo tipo de labor, e seus efeitos perante as regras e princípios atuais presentes no Direito do trabalho, de forma que o sistema jurídico deva se adaptar a estas mudanças para que não haja prejuízos ao chamado teletrabalhador.

A jornada de trabalho sempre se deu dentro da empresa, sob o comando direto do empregador quanto ao tempo de execução do serviço e mesmo com relação à forma de execução do trabalho a ser realizado.

Sem a existência de uma ferramenta em que o trabalho pudesse ser executado fora do local de trabalho, a jornada tradicional, fixada, inclusive na Constituição Federal, partia da premissa do empregado executando seus serviços dentro do estabelecimento para o qual foi contratado.

Assim, toda a doutrina e jurisprudência sobre o tempo de serviço, horas extras, liberdade de horário, contrato temporário, contrato por tarefa, enfim, toda a vida contratual que no Direito do trabalho baseia-se na subordinação e dependência do prestador de serviços, toda essa estrutura do direito ora em apreciação, partia da existência de um trabalho no local determinado pelo empregador.

Entretanto, com a eletrônica e o avanço dos computadores, começou-se a verificar que o trabalho, especialmente o exercido por tarefas, poderia vir a ser executado na própria residência do empregado, ou em outro local que não seja o da sede do empregador.

Iniciou-se então uma nova forma de contratação, em que o empregado, de sua própria residência ou em qualquer outro lugar que seja fora da empresa possa a ela enviar o trabalho dele requerido, reduzindo-se o tamanho da empresa, as despesas do trabalhador com condução, melhorando a qualidade de um trabalho feito com a facilidade de estar o trabalhador no local de seu interesse, e muitas outras benesses decorrentes dessa evolução.

É preciso, porém, que tal avanço seja acompanhado de uma subordinação e dependência decorrente do próprio contrato, pois não se está contratando um trabalhador autônomo.

E é essa forma de regularizar esse novo tipo de contrato que se procura nesse trabalho demonstrar, além das demais implicações dele decorrentes.

De forma mais específica, este trabalho irá demonstrar a influência da eletrônica nas modificações do direito e dos costumes, em especial na contratação, jornada de trabalho e a proteção ao trabalhador inserido no Teletrabalho, de modo a analisar a aplicação das normas trabalhistas a este novo tipo de labor.

A pesquisa será realizada mediante todo um esforço no sentido de levantar a questão do teletrabalho, embora não tenha ela raízes mais profundas no

nosso direito, pois decorre de um avanço da eletrônica com consequências no próprio direito.

A metodologia que será utilizada para efetuar a referente pesquisa está relacionada ao estudo das leis, da doutrina e jurisprudência com a aplicação do instituto na prática.

Desse modo, o primeiro capítulo da presente monografia, tratará a respeito de uma visão geral do contrato de trabalho, abordando suas principais características, assim como a relação de emprego. Ainda, será analisado os principais princípios norteadores do contrato de trabalho, referentes à proteção ao trabalhador, ao empregado frente ao seu empregador.

A partir do segundo capítulo, será analisado o contrato de Teletrabalho, assim como o surgimento do mesmo, e suas particularidades, que o diferem dos demais modos clássicos de trabalho.

Será discutido a inserção do trabalhador comum neste novo tipo de labor, se isto traz vantagens ou desvantagens ao empregado, e o que pode acarretar estas mudanças.

No capítulo final, será discutido o problema em tela, a fragilidade do trabalhador no teletrabalho pela falta de legislação a respeito, como que as normas trabalhistas atuais poderiam ser aplicadas ao teletrabalho, juntamente com os princípios de proteção ao trabalhador.

A sociedade está evoluindo tecnologicamente de uma maneira muito rápida, mas as leis não conseguem acompanhar esta mudança, acarretando inúmeros problemas para os trabalhadores dos modos mais modernos de trabalho, entre eles, o Teletrabalho.

1 UM ESTUDO ACERCA DO CONTRATO DE TRABALHO

Em 1943 com a criação da Consolidação das leis do trabalho, mais conhecida com CLT, todas as normas da legislação trabalhista então existentes no

Brasil foram unificadas, inserindo de maneira definitiva os direitos trabalhistas na legislação brasileira.

A CLT sofreu grandes modificações no decorrer dos anos, até chegar a sua forma atual, com a caracterização detalhada da atual forma das relações de trabalho de uma maneira geral.

O contrato de trabalho, de acordo com a CLT, é a relação de prestação de serviços entre um empregado e um empregador, que são caracterizados nos artigos 3º e 2º, respectivamente:

“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”.

Para que um trabalhador, urbano ou rural, seja considerado empregado, é necessário o preenchimento dos requisitos da personalidade, subordinação, onerosidade, o fato de o empregado não correr o risco do empreendimento e a não eventualidade (habitualidade).¹

Dessa forma, o contrato de trabalho é o acordo, expresso ou tácito, verbal ou escrito, no qual o empregado, pessoa física, se compromete a prestar serviços não eventuais e subordinados ao empregador em troca de uma contribuição, seja ela imposta pela lei ou convencionada entre as partes.²

Tomando como base que o contrato é uma fonte de obrigações, o contrato de trabalho gera, para o empregador, a obrigação de pagar uma remuneração ao empregado, e a este, a obrigação de prestar os serviços acordados.³

¹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 242

² CAIRO JR, José. **Curso de direito do trabalho**. Salvador: EDITORA jusPODIVM, 2014, p. 194

³ CAIRO JR, José. **Curso de direito do trabalho**. Salvador: EDITORA jusPODIVM, 2014, p. 194

1.1. Dos princípios relativos ao contrato de trabalho do trabalho

Princípio traduz a ideia de um começo, um início, ao mesmo tempo que também traz um sentido de raiz, de razão⁴, sendo um ponto de partida para a criação de uma ideia, de um sistema, ou até mesmo de um direito.

Dessa forma, não serviria somente como um parâmetro de formação de normas jurídicas, mas também como um meio de interpretá-las, formando a estrutura de um sistema jurídico através de uma ideia central que serviria de base para as demais normas, e as mudanças que, com elas, estão atreladas⁵.

Os princípios se diferenciam das regras no que diz respeito, por exemplo, ao fato de as regras necessariamente terem que estar positivadas (previstas de maneira expressa no ordenamento jurídico) enquanto os princípios não precisam, podendo estar implícitos no ordenamento.⁶

Assim, os princípios, não só da justiça do trabalho, mas de uma maneira geral, são os norteadores da interpretação das normas conforme o tempo histórico da sociedade, das mudanças que esta sofre, devendo interpretar a norma de uma maneira diversa se assim for preciso.

Nesse sentido, com o passar dos anos foram criados diversos princípios que norteiam as relações de trabalho até a presente data.

1.1.1 Princípio da Proteção

O princípio da proteção é o capital do Direito do trabalho, o fundamental para sua estruturação, fazendo um sistema de proteção à parte hipossuficiente, visando um maior equilíbrio na relação de trabalho entre o obreiro (parte mais frágil), e o contratante do serviço, ou nas relações de emprego,

⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p.184

⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 153

⁶ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p. 66

do empregador.⁷

Dessa forma, de acordo com Plá Rodriguez⁸ o princípio da proteção ao trabalhador se dividiria em três, o princípio da norma mais favorável ao trabalhador, o princípio da prevalência da condição mais benéfica e o princípio do *in dubio pro misero*.⁹

O princípio da norma mais favorável consiste em uma tríplice dimensão no direito do trabalho, a informadora, a interpretativa e a hierarquizante.¹⁰ Assim, o legislador deve sempre optar pela condição mais favorável ao obreiro, seja no momento de elaboração da regra, no instante de confronto entre normas já existentes ou no caso de interpretação das regras jurídicas.¹¹

O princípio da condição mais benéfica se traduz como sendo aquele no qual toda situação mais vantajosa que o empregado se encontrar prevalecerá em relação à situação anterior, seja esta oriunda de lei, do contrato, de um regimento interno ou de uma norma coletiva, se tornando direito adquirido do trabalhador.¹²

Nesse estande, é aplicada a regra do direito adquirido, prevista no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

A terceira parte da subdivisão do princípio da proteção, seria o princípio do *Indubio Pro Misero*. Este, é aplicado toda vez em que a norma trabalhista tem mais de uma interpretação possível, gerando uma dúvida, desde que esta seja razoável, deverá o intérprete optar pela opção que seja mais favorável ao

⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p.196

⁸ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1978, p.41

⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 170

¹⁰ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1978, p.42/43

¹¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p.197

¹² CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 171

obreiro.¹³

1.1.2 Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas

O presente princípio solidifica a impossibilidade de o trabalhador, por simples manifestação de vontade, se desfazer das garantias e vantagens que possui, asseguradas pelo ordenamento jurídico brasileiro.¹⁴

Assim, a irrenunciabilidade tem como fundamento a presunção imediata de vício de consentimento, presumindo ainda que o trabalhador já disponibilizaria de pouco para, sem motivo, renunciar suas vantagens frente ao empregador.¹⁵

O princípio em discussão é justificado pela necessidade de dar efeito ao direito social. Foi criado para compensar a grande desigualdade social existente entre empregado e empregador, não podendo permitir a renúncia dos direitos por uma pessoa que é dependente de outra (empregador).¹⁶

Ainda, é justificado pois o trabalhador, o empregado não tem total liberdade para emitir sua vontade no contrato de trabalho, se encontrando em estado inferior em relação ao seu empregador.¹⁷

Dessa forma, há uma proteção contra as negociações entre empregador e trabalhador que possam acarretar em uma exclusão de certo direito do empregado por um aumento salarial por exemplo, tentando uma aproximação à igualdade nas relações de trabalho.

1.1.3 Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana

O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana constitui um

¹³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 182

¹⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p.199

¹⁵ MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. **Os princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência**. São Paulo: LTr, 2013, p. 117

¹⁶ MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. **Os princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência**. São Paulo: LTr, 2013, p. 118

¹⁷ MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. **Os princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência**. São Paulo: LTr, 2013, p. 118

princípio constitucional que está previsto no artigo 1º, inciso III da CF, que cita em sua redação ser um dos fundamentos da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana.¹⁸

Tem como critério o fato de todo ser humano ter valores próprios devendo ser preservados pela sociedade sob pena de afastar qualidades morais e éticas do indivíduo, de modo que desvalorizaria a sua vivência, rebaixando o indivíduo a uma categoria de um ser de menos valia.¹⁹

A relação de trabalho é em regra contínua e comutativa, o que torna muito importante a prevenção nas relações laborais, prevenção esta que serve de meio a evitar um possível dano moral ou físico ao empregado. Assim sendo, o assédio moral é caracterizado por uma conduta persecuidora e ofensora em face do empregado durante o cumprimento do contrato de trabalho com o intuito de mitigar seu estado psicológico.²⁰

Nesse sentido o artigo 5º, inciso X da Carta Magna assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, sendo que em caso que isso aconteça, será devida indenização pelos danos morais sofridos ou materiais sofridos.²¹

1.1.4 Diferenças entre o princípio da razoabilidade e proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade tem origem na doutrina alemã, que na versão anglo-americana seria representado pelo princípio da razoabilidade. O segundo foi desenvolvido como instrumento de racionalidade das operações da lógica nas ciências humanas, fundamentando o princípio da proporcionalidade, enquanto este operacionaliza aquele, se complementando. Pode-se dizer assim que, enquanto o princípio da razoabilidade é estático, o da proporcionalidade é

¹⁸ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p. 69

¹⁹ LITHOLDO, Viviane Patrícia Scucuglia. **Os princípios de Direito do Trabalho: Diretrizes para uma Decisão Justa e Dinâmica**. São Paulo: LTr, 2013, p. 31

²⁰ LITHOLDO, Viviane Patrícia Scucuglia. **Os princípios de Direito do Trabalho: Diretrizes para uma Decisão Justa e Dinâmica**. São Paulo: LTr, 2013, p. 36

²¹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p. 69

dinâmico.²²

Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade deve ser entendido como a impossibilidade de impor condutas que não sejam para o cumprimento do interesse público, não podendo agir com excessos ou de maneira insuficiente.²³

No direito do trabalho a proporcionalidade é um princípio implícito, não expresso no ordenamento jurídico, limitando o poder regulamentador e diretor do empregador, com o intuito de um maior equilíbrio contratual.²⁴

1.2 Os elementos essenciais do contrato de trabalho

Os elementos essenciais do contrato de trabalho são os mesmos enunciados pelo Código Civil Brasileiro, quais sejam, a capacidade das partes, a licitude do objeto, a forma prescrita em lei, ou simplesmente não vedada e a manifestação válida de vontade das partes em celebrar o contrato²⁵. A falta de qualquer desses requisitos acarretaria em nulidade do contrato

1.2.1 A capacidade das partes

A capacidade Trabalhista, de acordo com o doutrinador Mauricio Godinho Delgado, “é a aptidão reconhecida pelo direito do trabalho para o exercício de atos da vida laborativa”.

No que concerne à capacidade do empregador, o direito do trabalho segue o mesmo padrão do Direito Civil, de modo que, é capaz aquela pessoa física ou jurídica a qual tenha aptidão, reconhecida pela ordem trabalhista, para assumir direitos e obrigações desta natureza.²⁶

Já em relação ao empregado, temos que a capacidade plena para

²² MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. **Os princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência**. São Paulo: LTr, 2013, p. 193

²³ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p. 70

²⁴ MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. **Os princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência**. São Paulo: LTr, 2013, p. 192

²⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p.529

²⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p.530

realizar atos trabalhistas é iniciada aos 18 anos de idade, de modo que, entre os 16 e os 18 anos, há a chamada capacidade relativa do empregado²⁷, de modo a não poder ter a possibilidade de exercício pleno dos atos trabalhistas.

Desse modo, a capacidade relativa, ao passo de que permite o obreiro de realizar certos atos da relação laborativa, no estande processual, o mesmo tem que estar devidamente representado, pois sozinho não pode entrar em juízo.

Como já mencionado, a capacidade relativa do obreiro não o permite realizar todos os atos da relação de trabalho. Há atos trabalhistas que são vedados ao trabalhador nessa condição, como é o caso do trabalho noturno, também o trabalho em condições insalubres ou perigosas.²⁸

Ainda assim, a jornada de trabalho do empregado entre 16 e 18 anos tem a mesma duração do empregado com plena capacidade para exercer os atos trabalhistas. Assim, podendo ser de no máximo 8 horas diárias, totalizando 44 horas semanais. Sendo garantido também, o pagamento do salário mínimo vigente na época do labor.

Há a possibilidade da contratação do chamado menor aprendiz, estando enquadrado entre 14 e 24 anos. O contrato de aprendizagem gera também o vínculo de emprego, obrigando o empregador ao pagamento dos salários, e a ensiná-lo uma profissão, devendo ser o contrato escrito e por prazo determinado.²⁹

É obrigação do empregador contratar os chamados aprendizes no intuito de instruí-los dentro da profissão, como cita a redação do artigo 429 da CLT:

“Art. 429. Os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional”.

²⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p.530

²⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p.531

²⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 543/544

Dessa forma há diversas exceções à regra relacionada a capacidade do empregado pela sua idade, mas sempre o protegendo quando quando achar necessário, principalmente o relativamente capaz.

1.2.2 O Objeto lícito

No caso de o objeto for ilícito, constituir crime ou ir contra os bons costumes, o contrato será nulo de pleno direito, pois viola o artigo 104 do Código Civil³⁰, aplicado subsidiariamente à justiça do trabalho, vejamos:

“Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
I - agente capaz;
II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
III - forma prescrita ou não defesa em lei”.

Como exemplo, temos a pessoa que pratica a função de advogado sem a devida licença, o médico que pratica aborto fora dos casos permitidos em lei, o jogo do bicho, a prostituta em casa de lenocínio dentre outros.

Em relação ao supracitado, uma pessoa que trabalhe em casa de prostituição como faxineira ou cozinheira, não praticaria ato ilícito, o seu contrato de trabalho seria válido, pois seu labor, isolado, não fere os bons costumes, a moral. Este entendimento ainda não está pacificado na doutrina.³¹

Cumprido salientar que não cabe um ajuste salarial em contrato com objeto ilícito com o objetivo de o tornar válido, vejamos a redação do artigo 594 do Código Civil, também aplicável de forma subsidiária à legislação trabalhista³²:

“Art. 594. Toda a espécie de serviço ou trabalho **lícito**, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição”.

Dessa forma, é expresso que somente o contrato com objeto lícito pode ser celebrado mediante a devida remuneração, excluindo qualquer possibilidade de formação de contrato trabalhista com objeto ilícito.

³⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 545

³¹ CAIRO JR, José. **Curso de direito do trabalho**. Salvador: EDITORA jusPODIVM, 2014, p. 230

³² CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 549

Ainda, em caso de o objeto não for fisicamente possível, ou for materialmente impossível, acarretando impossibilidade de realização do mesmo, o contrato será nulo de pleno direito.³³

Por último, o objeto do contrato de trabalho deve ser determinado ou determinável, devendo ser especificado no contrato o gênero, a espécie e a quantidade, caso contrário o contrato será nulo, pelo fato de ser impossível de ser realizado.³⁴

1.2.3 A forma prescrita em lei

A forma do contrato do trabalho, como já explicitado, tem que ser prescrita na forma da lei ou não ser proibida pela mesma, sendo assim um objeto de instrumentalização do contrato de trabalho.

Se o contrato for efetuado em uma forma não prescrita em lei, mas a mesma atender à sua finalidade, e não violar nenhum preceito legal, o contrato é tido como válido, de modo que a forma prescrita em lei acaba por virar exceção, sendo poucos os exemplos de contratos que requerem forma prescrita em lei, como por exemplo o contrato de trabalho temporário (artigo 11 da lei 6.019/74) e o contrato de trabalho celebrado com a Administração pública (artigo 37, inciso II da CF)³⁵:

“Art. 11. O contrato de trabalho celebrado entre empresa de trabalho temporário e cada um dos assalariados colocados à disposição de uma empresa tomadora ou cliente será, obrigatoriamente, escrito e dele deverão constar, expressamente, os direitos conferidos aos trabalhadores por esta Lei”.

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

³³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2014, p.553

³⁴ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2014, p.554

³⁵ CAIRO JR, José. **Curso de direito do trabalho**. Salvador: EDITORA jusPODIVM, 2014, p. 231

Desse modo, percebe-se que o contrato de trabalho tem um caráter consensual, de forma a ser válido para provar sua existência, qualquer meio de prova juridicamente permitido.³⁶

1.3 Os requisitos para a caracterização do contrato de trabalho

De acordo com Vólia Bomfim Cassar, o conceito de empregado é “toda pessoa física que preste serviço a empregador (pessoa física ou jurídica) de forma eventual, com subordinação jurídica, mediante salário, sem correr os riscos do negócio”

Dessa forma, para a caracterização do empregado é necessário os requisitos da pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e da subordinação, de modo que sem estes requisitos não há a caracterização do vínculo empregatício com o empregador.

1.3.1 A pessoalidade

O contrato de trabalho vem a ser pessoal, quando a escolha do profissional para exercer a determinada atividade, se deu por suas qualificações pessoais ou suas virtudes, sendo um contrato para prestar pessoalmente os serviços. Significando que o serviço não pode ser feito por qualquer outra pessoa que não a contratada.³⁷

Dessa forma, o que é pessoal é o contrato que foi efetuado entre o empregador e o empregado, de modo que o negócio jurídico é intransmissível. Podemos tirar como conclusão que a pessoalidade não significa que o serviço só poderá ser efetuado exclusivamente por aquela pessoa, podendo ser efetuado por outra que tenha o mesmo nível técnico, e sim que o contratado tem que realizar o serviço pelo qual se obrigou, com vedação à substituição sem autorização do

³⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p.534

³⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 243

empregador.³⁸ Assim, a contratação se dá em razão da qualificação do profissional para realizar determinado serviço da melhor maneira possível para o empregador.³⁹

Em caso de haver a substituição do empregado com autorização do empregador, será caracterizada uma nova relação de trabalho, a ser analisada, não necessariamente sendo caracterizado o vínculo empregatício do “novo” empregado com o empregador.⁴⁰

Assim, o empregado substituto será beneficiado, de forma temporária, pelas vantagens inerentes ao cargo ocupado.⁴¹ Nesse estande, a redação do artigo 450 da Consolidação das Leis do Trabalho:

“Art. 450. Ao empregado chamado a ocupar, em comissão, interinamente, ou em substituição eventual ou temporária, cargo diverso do que exercer na empresa, serão garantidas a contagem do tempo naquele serviço, bem como volta ao cargo anterior”.

Ainda, no mesmo sentido, a súmula 159 do TST em seu inciso I:

“Súmula nº 159 do TST

SUBSTITUIÇÃO DE CARÁTER NÃO EVENTUAL E VACÂNCIA DO CARGO (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 112 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - Enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, inclusive nas férias, o empregado substituto fará jus ao salário contratual do substituído”.

Concluindo, se entre o substituto e o empregador, estiverem presentes todas as características do liame empregatício, ele será empregado, independentemente se a substituição foi indicada pelo empregador ou tiver sido aceita de forma tácita pelo mesmo. Isso ocorre, pois é do empregador a obrigação de fiscalizar o trabalho do empregado.⁴²

³⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 243

³⁹ BARRETO, Marco Aurélio. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p. 47

⁴⁰ CAIRO JR, José. **Curso de direito do trabalho**. Salvador: EDITORA jusPODIVM, 2014, p. 267

⁴¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p.294

⁴² CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 246

1.3.2 A Subordinação

A expressão subordinação, deriva do termo *subordinare*, sendo que o prefixo “*sub*” significa “baixo”, e o infixo “*nare*” significa ordenar. Dessa maneira, a subordinação do empregado ao empregador significa que o segundo está em uma posição superior ao primeiro, de modo que possa impor ordens, tornando o empregado dependente do empregador.⁴³

É discutida a natureza jurídica de tal subordinação, se é técnica econômica ou jurídica. As duas primeiras teorias(técnica e econômica), podem ser prontamente excluídas, levando em consideração que o empregado, em tese, pode ser mais qualificado tecnicamente e melhor capacitado economicamente que seu empregador. Só podendo ser jurídica, pois decorre do contrato de trabalho, no qual o empregado se subordina às ordens de seu empregador.⁴⁴

Nesse mesmo entendimento, está a redação do parágrafo único do artigo 6º da CLT, vejamos:

“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”.

A subordinação, ao longo dos anos, como qualquer outro fenômeno, veio sofrendo ajustes e modificações, tornando-se necessário enxergar outras dimensões da subordinação, se destacando três: a clássica, a objetiva e a estrutural.⁴⁵

A chamada subordinação clássica, é a discutida anteriormente, se referindo à subordinação derivada do contrato de trabalho, no qual o empregado se

⁴³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 246

⁴⁴ CAIRO JR, José. **Curso de direito do trabalho**. Salvador: EDITORA jusPODIVM, 2014, p. 271

⁴⁵ CAIRO JR, José. **Curso de direito do trabalho**. Salvador: EDITORA jusPODIVM, 2014, p. 272

submete ao poder diretivo do empregador, no que diz respeito à prestação dos serviços fixados com o contrato.⁴⁶

A subordinação objetiva, é aquela criada a partir da integração do trabalhador dentro dos fins e objetivos do empreendimento do empregador, do tomador de serviços.⁴⁷

Por último, a subordinação estrutural é aquela pela qual o trabalhador se insere na dinâmica do empregador, independente de receber ordens diretas, mas sua dinâmica de organização e de funcionamento.⁴⁸

Essas três dimensões de subordinação não se excluem, são complementares, de modo que, em conjunto, ajudam a sanar as recorrentes dificuldades de enquadramento dos fatos do trabalho, da relação contratual do empregado com o empregador.⁴⁹

A subordinação pode ainda ser dividida em direta e indireta, como podemos perceber pela redação da parte final do inciso III da súmula 331 do TST, vejamos:

“Súmula nº 331 do TST
CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011
III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a **subordinação direta**”.

A chamada subordinação direta é aquela que decorre de ordem direta do empregador para o empregado, do tomador de serviços para o trabalhador, são ordens diretas, sem um intermediário.⁵⁰

⁴⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p.305

⁴⁷ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego – estrutura legal e supostos**. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 235

⁴⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p.306

⁴⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p.306

⁵⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 248

Já a subordinação indireta é quando, entre o empregador e o empregado, existe um intermediário, pessoa de confiança do empregador, que recebe as ordens do mesmo e as repassa ao empregado. Nesse caso, diferentemente da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que trata a respeito de terceirização, o fato da subordinação ser indireta, não altera o vínculo empregatício, podendo assim, uma relação regida por este tipo de subordinação ser considerada uma relação de emprego.⁵¹

No mesmo estande, a subordinação pode vir a ser subjetiva ou objetiva, sendo a primeira quando recai diretamente à pessoa do empregado, e a segunda quando recai sobre os serviços executados pelo trabalhador.

Há por último, a figura da parassubordinação, que sendo um modelo de subordinação mais tênue, mais frágil, desse modo, o parassubordinado não seria empregado, podendo ser, dentre outras possibilidades, autônomo, eventual.⁵²

Há três correntes na doutrina sobre o que vem a ser a chamada parassubordinação. A primeira, entende que a parassubordinação é o estado que estão sujeitos os trabalhadores que não são empregados. A segunda, entende ser um meio termo entre a subordinação do empregado comum e a situação do trabalhador autônomo. Já a última, entende ser a subordinação mais leve, mais tênue, tanto daqueles que são empregados, quanto daqueles que não o são.⁵³

1.3.3 A Onerosidade

A onerosidade é a contribuição recebida pelo empregado pelo seus serviços prestados ao empregador, chamada de salário.

⁵¹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 248

⁵² CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 249

⁵³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 251

Cabe ressaltar, que a onerosidade é aferida por um critério subjetivo que é o *animus* do trabalhador em receber o salário, e não pelo efetivo recebimento do mesmo.⁵⁴

Dessa maneira, de acordo com o doutrinador Mauricio Godinho Delgado “o contrato de trabalho, é desse modo, um contrato bilateral, sinalagmático e oneroso, por envolver um conjunto diferenciado de prestações e contraprestações recíprocas entre as partes, economicamente mensuráveis”.

Ainda assim, existem casos em que a pesquisa do critério subjetivo da onerosidade, será a única maneira de comprovar a sua existência. Temos como exemplo o trabalho político, religioso, voluntário, onde existe a prestação do trabalho e a ausência da contraprestação onerosa por parte do empregador, que é o chamado trabalho pactuado “*affectionis vel benevolentias causa*”.⁵⁵

Podemos assim explicitar melhor com a redação do caput do artigo 458 da CLT, vejamos:

“Art. 458. Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações "in natura" que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas”.

Dessa forma, podemos concluir que, o contrato pode ser oneroso tanto por um critério subjetivo quanto por um critério objetivo, sem prejuízo do vínculo empregatício com o tomador de serviços.

⁵⁴ CAIRO JR, José. **Curso de direito do trabalho**. Salvador: EDITORA jusPODIVM, 2014, p. 268

⁵⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p.300

1.3.4 A não eventualidade

A não eventualidade é caracterizada pela continuidade da prestação dos serviços, ou seja, a prestação não é exaurida por um só ato, como é o caso da compra e venda.⁵⁶ Nesse entendimento, do artigo 9º, §4º, do decreto nº 3.048/99:

“Art. 9º. São segurados obrigatórios da previdência social as seguintes pessoas físicas:

§ 4º Entende-se por serviço prestado em caráter não eventual aquele relacionado direta ou indiretamente com as **atividades normais da empresa**”.

Dessa forma, entende-se por “atividades normais da empresa” aquelas permanentes da empresa. Assim, o trabalhador que não exerce tais atividades será qualificado como trabalhador eventual. Portanto, pode ser empregado aquele trabalhador que exerça sua função uma vez por semana, desde que esteja relacionada com atividade permanente da empresa.⁵⁷

Cumprе salientar que o serviço permanente da empresa não se confunde com sua atividade fim, sendo possível a caracterização da figura do empregado tanto na atividade fim quanto na atividade meio da empresa tomadora de serviços. A diferença é que, na atividade fim, há presunção de atividade permanente para o tomador de serviços, já na atividade meio, deve ser analisado o caso concreto.⁵⁸

Vale ressaltar, que em certos casos, a própria lei exclui a existência da relação de emprego apesar da presença do requisito da não eventualidade, como é o caso dos contratados para laborar em campanha eleitoral. Assim, cita a redação do artigo 100 da lei nº 9.504/97⁵⁹:

“Art. 100. A contratação de pessoal para prestação de serviços nas campanhas eleitorais não gera vínculo empregatício com o candidato ou partido contratantes”.

⁵⁶ BARRETO, Marco Aurélio. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p. 47

⁵⁷ CAIRO JR, José. **Curso de direito do trabalho**. Salvador: EDITORA jusPODIVM, 2014, p. 268

⁵⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 259

⁵⁹ CAIRO JR, José. **Curso de direito do trabalho**. Salvador: EDITORA jusPODIVM, 2014, p. 271

Assim, podemos concluir que o termo não eventualidade significa necessidade permanente da atividade do trabalhador para o seu empreendimento, seja de forma contínua ou intermitente.

1.4 A duração do contrato de trabalho

A limitação do tempo da jornada de trabalho é fundamentada sob três aspectos: o biológico, o social e o econômico. O biológico diz respeito a o excesso de trabalho atingir de qualquer forma a saúde física e mental do empregado. O Social seria o pouco tempo que o trabalhador teria para ter relações com sua família, amigos, em outras palavras, relações sociais. E o econômico seria o fato de um empregado cansado, esgotado, produzir menos.⁶⁰

Dessa forma, o legislador se baseia para fixar um horário máximo de trabalho que não venha a prejudicar nem o empregado nem o empregador, sendo que no Brasil a jornada de trabalho, com base no artigo 7º, XIII da Constituição Federal, é de no máximo 8 horas diárias e 44 horas semanais

Vale ressaltar que o tempo gasto pelo empregador, da portaria até o local da efetiva prestação de serviços integra, se ultrapassar 10 minutos, a jornada de trabalho do empregado, conforme entendimento do próprio Tribunal Superior do Trabalho:

“Súmula nº 429 do TST
TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR. ART. 4º DA CLT.
PERÍODO DE DESLOCAMENTO ENTRE A PORTARIA E O LOCAL
DE TRABALHO - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e
31.05.2011
Considera-se à disposição do empregador, na forma do art. 4º da
CLT, o tempo necessário ao deslocamento do trabalhador entre a
portaria da empresa e o local de trabalho, desde que supere o limite
de 10 (dez) minutos diários”.

O tempo à disposição do empregador abrange o artigo 4º da CLT, assim como os conceitos de horas in itinere, as horas de sobreaviso, a prontidão e os intervalos não previstos em lei, vejamos a redação do artigo 4º da CLT:

⁶⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 615

“Art. 4º. Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada”.

As horas in itinere, compreendem o tempo gasto pelo empregado até o local de trabalho de difícil acesso ou não, por meio de transporte fornecido pelo empregador⁶¹. Esse entendimento está consubstanciado na súmula 90, IV do TST, vejamos:

“Súmula nº 90 do TST
HORAS "IN ITINERE". TEMPO DE SERVIÇO (incorporadas as Súmulas nºs 324 e 325 e as Orientações Jurisprudenciais nºs 50 e 236 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005
I - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. (ex-Súmula nº 90 - RA 80/1978, DJ 10.11.1978)
IV - Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas "in itinere" remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público”.

Já o regime de sobreaviso compreende a situação de o empregado ficar obrigado a portar qualquer tipo de intercomunicador para, uma vez ou outra, poder ser chamado para resolver algum problema da empresa, ensejando direito de remuneração.⁶²

É uma forma amena de restringir a mobilidade do empregado para que o mesmo, quando preciso, esteja à disposição do empregador. Diferente do que está previsto no artigo 244 da CLT, que dá aos empregados ferroviários o direito de perceber tal adicional pelo trabalho em regime de sobreaviso. Neste caso a limitação vem a ser um pouco mais rigorosa.

Por final, vamos a falar do caso dos intervalos não previstos em lei. Os intervalos previstos em lei, são normas de proteção ao empregado, de medicina

⁶¹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 620

⁶² CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 622

e segurança no trabalho. Dessa forma, tais regras são absolutas, não podendo ser alteradas por nenhum tipo de acordo ou convenção.⁶³

Assim, todo e qualquer intervalo dado pelo empregador ao empregado, que não esteja previsto em lei, terá que ser remunerado como se trabalho fosse⁶⁴, o que protege contra uma possível tentativa do empregador em realizar descontos ilegais na folha de pagamento de seu empregado, pelo fato de o mesmo ter tido mais intervalos.

1.5 As modalidades de jornada de trabalho

A jornada de trabalho comum no Brasil, como já explicitado, tem duração máxima de 44 horas semanais, o que seria o equivalente a 8 horas diárias. Nesse estande, podemos dizer que a jornada de trabalho pode ser tanto fiscalizada como não fiscalizada.

A primeira, é a regra geral, que a jornada do trabalho será fiscalizada, será controlada. Desse modo, há uma presunção de controle interno da jornada, devendo ser comprovado o contrário. De modo que, se ultrapassada, enseja o direito de indenização das horas extraordinárias trabalhadas.⁶⁵

Mesmo existindo tal presunção de controle de jornada, a lei não especifica um procedimento para o controle no caso de, por exemplo, o trabalhador interno no pequeno estabelecimento comercial. Isso se dá com o intuito de simplificar as exigências administrativas com esse tipo de empresário.⁶⁶

Já no caso de labor em estabelecimento grande, com mais de 10 trabalhadores, a CLT, em seu artigo 74, §2º, estabelece o correto procedimento de controle de jornada⁶⁷, vejamos:

“Art. 74 - O horário do trabalho constará de quadro, organizado conforme modelo expedido pelo Ministro do Trabalho, Industria e

⁶³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 625

⁶⁴ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 625

⁶⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p.940

⁶⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p.940

⁶⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p.940

Comercio, e afixado em lugar bem visível. Esse quadro será discriminativo no caso de não ser o horário único para todos os empregados de uma mesma seção ou turma.

§ 2º - Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores **será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico**, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso”.

No caso da jornada ser sem controle, a lei estabelece que não há a possibilidade dos empregado neste tipo de regime ganhar indenização pelas horas extraordinárias que eventualmente possam laborar.⁶⁸

Dessa maneira, há certos tipos de trabalhador que não tem direito a receber o adicional de horas extras eventualmente trabalhadas por falta de controle, aqueles que trabalham longe do ambiente empresarial.

Vejamos o que dispõe o artigo 62 da CLT:

“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;

II - **os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão**, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

Parágrafo único. O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento)”.

Desse modo, são dois grupos excluídos do controle de jornada, os trabalhadores que exercem os chamados cargos de confiança e os trabalhadores que laboram em regime externo, com impossibilidade de controle de jornada.⁶⁹

Os cargos de confiança, que também pressupõem os cargos de gestão, por estarem investidos de parcelas significativas de poder dentro do vínculo empregatício, logicamente, não se submetem ao controle de jornada.⁷⁰

⁶⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p.942

⁶⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 659

Assim, seria o próprio empregado, atuante no referido regime, que fixaria e fiscalizaria a sua jornada de trabalho, restando ser muito difícil a aplicação da proteção legal do máximo de 44 horas semanais e 8 horas diárias.⁷¹

Podemos então concluir que o empregado em cargo de confiança, ou o gerente, seria aquele que atua em posição superior hierarquicamente, por atuar na empresa como auxiliar da mesma.⁷²

Nessa corrente de pensamento, vejamos a redação da súmula 269 do TST:

“Súmula nº 269 do TST

DIRETOR ELEITO. CÔMPUTO DO PERÍODO COMO TEMPO DE SERVIÇO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

O empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço desse período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego”.

Vemos que, em certos casos, como o supracitado, a questão da confiança vira um elemento essencial para o exercício da determinada função.⁷³ Em relação aos trabalhadores em regime externo, que são incompatíveis com a fixação da jornada de trabalho (artigo 62, I da CLT), também não teriam direitos ao pagamento das horas extras.

A maneira como, este tipo de empregados, exercem suas funções, longe dos seus empregadores e de suas chefias, com grande liberdade de tempo, sem frequência significativa de presença do empregado nas dependências físicas da empresa, tudo isso, conduz à regra que, estes profissionais, são incompatíveis com o controle da jornada de trabalho.⁷⁴

Dessa forma, a presunção que normalmente se tinha do empregado ser submetido a controle de jornada é trocada. Nesses dois casos, de trabalhador

⁷⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p.946

⁷¹ CAIRO JR, José. **Curso de direito do trabalho**. Salvador: EDITORA jusPODIVM, 2014, p. 524

⁷² CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 661

⁷³ CAIRO JR, José.. **Curso de direito do trabalho**. Salvador: EDITORA jusPODIVM, 2014, p. 524

⁷⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p.942

externo e trabalhador que exerça cargo de confiança, tem a presunção do não controle de jornada, devendo de alguma forma provar o contrário.⁷⁵

⁷⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p.943

2 O INSTITUTO DO TELETRABALHO

2.1 Um breve histórico

O teletrabalho pode ser considerado como uma forma descentralizada de trabalho. Desde a Revolução industrial, o foco dos países tem sido em centralizar o local do trabalho. Isso se dá pela criação de novas indústrias, fábricas, unidades de montagem.⁷⁶

Dessa maneira, o movimentador do mercado deixou de ser a necessidade de sobrevivência quanto ao produto, mas sim as necessidades de mercado, o capital. Deixa de ser a força manual de trabalho e vira a força da máquina, a organização passa de ser relacionada ao trabalhador e passa a ser relacionado ao capital.⁷⁷

Em um momento posterior, os grandes avanços tecnológicos deram início à chamada sociedade pós-industrial, que não mais privilegia os bens materiais mas sim a informação, a produção, os bens imateriais como um todo, os serviços, os valores, os profissionais que produzem ideias, e não os que fazem o produto⁷⁸. Assim, as empresas de destaque se tornam aquelas relacionadas à eletrônica, à alta tecnologia.⁷⁹

Se torna necessária a busca pela flexibilização das organizações, de modo que a estrutura das relações tradicionais não condiz mais com a realidade atual do trabalho⁸⁰.

A sociedade produtiva está sempre em constante mudança, com o avanço da globalização, e a conseqüente modernização dos meios de produção, das técnicas laborativas e da modernização das relações de trabalho de modo geral

⁷⁶ NILLES, Jack M. **Fazendo do Teletrabalho uma realidade, um guia para telegerentes e teletrabalhadores**. São Paulo: Editora Futura, 1997, p.38

⁷⁷ WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: Ltr 2005, p.18

⁷⁸ JARDIM, Carla Carrara da Silva. **O teletrabalho e suas atuais modalidades**. São Paulo: Ltr, 2003, p. 16

⁷⁹ JARDIM, Carla Carrara da Silva. **O teletrabalho e suas atuais modalidades**. São Paulo: Ltr, 2003, p. 17

⁸⁰ TROPE, Alberto. **Organização virtual, impactos do teletrabalho nas organizações**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1999, p.22

influenciam diretamente tanto o modo de produção, como a própria vida em sociedade.⁸¹

A descentralização dos meios de produção, atuando em conjunto com a globalização, tornou-se um fenômeno mundial, de modo que todas as formas de emprego pudessem, de alguma maneira, serem flexibilizadas. Assim, a Globalização permite que diversas formas de trabalho alternativo estejam presentes no mesmo espaço, permitindo ao trabalhador e ao empregador a escolha da forma que lhes seja mais viável.⁸²

Desde a década de 50, o setor industrial sofre um grande declínio com uma fonte de emprego. A força de trabalho relacionada à informação vem crescendo cada vez mais durante os anos, sendo atualmente a maior força de emprego, o que não acontece com o trabalho exercido nas indústrias, por exemplo, que está em decrescente.⁸³

A grande perplexidade a respeito do fenômeno da globalização é que este é um fenômeno revolucionário, e não evolutivo, de modo que traz diversas mudanças que podem ser desejadas ou indesejadas, ainda que sejam extremamente previsíveis.⁸⁴

Desse modo, estamos presenciando, se não já aconteceu, uma passagem da sociedade industrial, na qual o principal recurso é o capital, para uma sociedade informacional, onde o maior recurso é a informação⁸⁵, o que aumenta a necessidade de profissionais mais bem qualificados.

Assim, as evoluções nos meios de trabalho do cenário internacional, influenciaram diretamente no Brasil. Ocorrendo uma internacionalização da

⁸¹ JARDIM, Carla Carrara da Silva. **O teletrabalho e suas atuais modalidades**. São Paulo: Ltr, 2003, p. 15

⁸² WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: Ltr 2005, p.17

⁸³ NILLES, Jack M. **Fazendo do Teletrabalho uma realidade, um guia para telegerentes e teletrabalhadores**. São Paulo: Editora Futura, 1997, p.22

⁸⁴ WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: Ltr 2005, p.17

⁸⁵ TROPE, Alberto. **Organização virtual, impactos do teletrabalho nas organizações**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1999, p.22

economia brasileira, fazendo com que a empresa brasileira fizesse parte de uma rede internacional., de modo que as empresas brasileiras vem demandando uma maior flexibilização, uma mudança de padrão.⁸⁶

Dessa maneira, tanto a flexibilização quanto a desregulamentação das relações de trabalho, podem ser entendidas como um movimento que visa torna-la maleável, a capacitando a ser mudada conforme a realidade do país⁸⁷.

A Constituição de 1988 não optou pela flexibilização das relações de trabalho, e sim por um minucioso detalhamento das normas, o que gerou uma maior rigidez e aumentou os custos indiretos de mão de obra. Ocorre que, nos últimos anos, o Brasil deu grandes passos em direção a uma maior flexibilização e maior descentralização do trabalho, com o fortalecimento dos acordos e convenções coletivas, as negociações entre os empregados e empresas aumentaram, tornando as relações mais maleáveis.⁸⁸

2.2 Entendendo o Teletrabalho

O teletrabalho é uma modalidade de trabalho a distância, voltado principalmente para às atividades que possibilitam ser executadas longe dos limites físicos da empresa, sendo primeiramente definido por Jack Nilles, com os termos *teleworking* e *telecommuting*.⁸⁹

O termo *teleworking* diz respeito a qualquer tipo de substituição da ida ao local de trabalho pelos meios de telecomunicação, trazendo o trabalho ao trabalhador, e não o contrário. Já o termo *telecommuting* diz respeito

⁸⁶ WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: Ltr 2005, p.23

⁸⁷ WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: Ltr 2005, p.25

⁸⁸ WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: Ltr 2005, p.229

⁸⁹ JARDIM, Carla Carrara da Silva. **O teletrabalho e suas atuais modalidades**. São Paulo: Ltr, 2003, p. 53

ao trabalho periódico realizado fora do local físico da empresa, isto é, na residência do trabalhador ou em um centro de teletrabalho.⁹⁰

O maior destaque que é dado atualmente ao teletrabalho é a forte presença da informática como uma ferramenta de trabalho, de uma nova organização e gestão de mão de obra.⁹¹

A própria Organização Internacional do Trabalho (OIT)⁹², define no artigo 1º da Convenção 177, de 1996, um conceito de teletrabalho:

“Trabalho realizado por uma pessoa, na sua residência ou em outro local que não seja o local de trabalho do empregador, remunerado, resultando num produto ou serviço especificado pelo empregador, independente de quem provê o equipamento, materiais ou outros insumos, a não ser que esta pessoa tenha o grau de autonomia e independência econômica para ser considerado trabalhador independente segundo as leis nacionais”.⁹³

Uma das principais motivações para se utilizar do teletrabalho é a melhor produtividade do trabalho realizado, devido a uma melhor qualidade de vida e uma maior autonomia. Um levantamento publicado pela revista americana *Newsweek* revelou que 98% dos empresários acreditam que o uso da informática no trabalho aumenta o rendimento dos trabalhadores.⁹⁴

⁹⁰ JARDIM, Carla Carrara da Silva. **O teletrabalho e suas atuais modalidades**. São Paulo: Ltr, 2003, p. 53

⁹¹ JARDIM, Carla Carrara da Silva. **O teletrabalho e suas atuais modalidades**. São Paulo: Ltr, 2003, p. 55

⁹² A Organização Internacional do Trabalho (OIT) é a única agência das Nações Unidas que tem estrutura tripartite, na qual representantes de governos, de organizações de empregadores e de trabalhadores de 183 Estados-Membros participam em situação de igualdade das diversas instâncias da Organização. Desde a sua criação, os membros tripartites da OIT adotaram 188 Convenções Internacionais de Trabalho e 200 recomendações sobre diversos temas (emprego, proteção social, recursos humanos, saúde e segurança no trabalho, trabalho marítimo etc). Em 1998, a Conferência Internacional do Trabalho aprovou a Declaração dos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho. A declaração estabelece quatro princípios fundamentais a que todos os membros da OIT estão sujeitos: liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; eliminação de todas as formas de trabalho forçado; abolição efetiva do trabalho infantil; eliminação de todas as formas de discriminação no emprego ou na ocupação. Disponível em: <http://www.onu.org.br/onu-no-brasil/oit/>, acessado em 26/10/2014.

⁹³ Convenção n 177 de 1996, artigo 1. Convenção não ratificada pelo Brasil, conforme informações do sítio da OIT no Brasil: <http://www.oitbrasil.org.br/convention>, acessado em 27/10/2014

⁹⁴ TROPE, Alberto. **Organização virtual, impactos do teletrabalho nas organizações**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1999, p.17

A *Pacific Bell*, uma companhia de telefone da Califórnia e um grande defensor da chamada telecomutação diz que os trabalhadores neste regime substituem a ida ao trabalho pelas telecomunicações.⁹⁵

Assim, é possível afirmar que nos dias de hoje, há poucas barreiras tecnológicas para que o teletrabalho seja um modo eficiente de trabalho⁹⁶. Dentre as características principais deste tipo de trabalho é o fato de o funcionário poder dedicar longos períodos às tarefas estabelecidas sem as interrupções comuns nos escritórios tradicionais de trabalho.⁹⁷

Desse forma, podemos perceber inúmeras vantagens no uso desse tipo de relação de trabalho, como o aumento do tempo livre, redução do tempo gasto até o local de trabalho, flexibilidade na organização e no tempo do teletrabalhador, menor *stress* cotidiano e ainda uma maior convivência social com amigos e familiares.⁹⁸

Mas como toda forma de trabalho, o teletrabalho também encontra resistências e dificuldades para sua adaptação, como por exemplo a fragmentação do trabalho, o controle das atividades do empregado, o isolamento social, menos oportunidade de ascensão na empresa, a não separação entre a vida privada do teletrabalhador e sua vida profissional, e problemas relacionados a confidencialidade de dados.⁹⁹

Estas desvantagens apontadas podem ser solucionadas, a começar por uma reunião dos teletrabalhadores em telecentros, sendo que o

⁹⁵ KUGELMASS, Joel.. **Teletrabalho, novas oportunidades para o trabalho flexível**. São Paulo: Atlas, 1996, p.44

⁹⁶ NILLES, Jack M. **Fazendo do Teletrabalho uma realidade, um guia para telegerentes e teletrabalhadores**. São Paulo: Editora Futura, 1997, p.26

⁹⁷ NILLES, Jack M. **Fazendo do Teletrabalho uma realidade, um guia para telegerentes e teletrabalhadores**. São Paulo: Editora Futura, 1997, p.47

⁹⁸ JARDIM, Carla Carrara da Silva. **O teletrabalho e suas atuais modalidades**. São Paulo: Ltr, 2003, p. 40

⁹⁹ JARDIM, Carla Carrara da Silva. **O teletrabalho e suas atuais modalidades**. São Paulo: Ltr, 2003, p. 42-43

próprio *telecommuting* de Jack Nilles propugna por um trabalho alternado na empresa e no domicílio do empregado.¹⁰⁰

A grande descentralização das empresas em pequenas unidades favorecem o teletrabalho, tornando o domicílio do teletrabalhador um possível local para o desenvolvimento do teletrabalho, o que emonstra uma necessidade de revisão do conceito do trabalho em domicílio.¹⁰¹

2.3 A diferença entre Teletrabalho e Trabalho em domicilio

O trabalhador em domicilio é caracterizado pelo fato de não trabalhar para o público, mas para pessoas determinadas, como é o caso do artesão, sendo a matéria prima utilizada por tal trabalhador fornecida pelo empresário, embora tenha alguns trabalhadores em domicilio que se utilizam do próprio material para executar seus serviços.¹⁰²

O teletrabalho estaria mais caracterizado por ser um trabalho intelectual, com o uso das telecomunicações, o que pede uma maior autonomia do trabalhador, um maior senso de responsabilidade.¹⁰³

A OIT, em sua convenção n. 177, ao tratar de trabalho em domicilio, deu uma maior ênfase ao trabalho subordinado que o autônomo, tendo em vista que as atividades realizadas no domicílio do trabalhador muitas vezes são investidas de uma autonomia falsa. Assim, a legislação para o trabalho em domicilio abarca mais o trabalho manual, e não ao teletrabalhador, que realiza um trabalho intelectual, ligado às teleinformações .¹⁰⁴

¹⁰⁰ JARDIM, Carla Carrara da Silva. **O teletrabalho e suas atuais modalidades**. São Paulo: Ltr, 2003, p. 44

¹⁰¹ JARDIM, Carla Carrara da Silva. **O teletrabalho e suas atuais modalidades**. São Paulo: Ltr, 2003, p. 44

¹⁰² WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: Ltr 2005, p.46

¹⁰³ JARDIM, Carla Carrara da Silva. **O teletrabalho e suas atuais modalidades**. São Paulo: Ltr, 2003, p. 46

¹⁰⁴ JARDIM, Carla Carrara da Silva. **O teletrabalho e suas atuais modalidades**. São Paulo: Ltr, 2003, p. 48

2.4 O local de realização das funções

O principal elemento que permite diferenciação do teletrabalho é o espaço físico onde o mesmo será realizado, seja este realizado fora da empresa, no domicílio do empregado ou em telecentros.¹⁰⁵

Este elemento espacial traduz uma clara dispersão espacial, dando ao teletrabalhador a plena liberdade de escolha do local de trabalho que mais seja hábil a satisfazer suas necessidades, o que decorreria de uma convenção coletiva ou um pacto comum com o próprio empregador.¹⁰⁶

Assim, temos que o teletrabalho é uma forma moderna de realização de trabalho à distância, por meio o uso de diversas tecnologias de comunicação, o que possibilita uma maior flexibilização do tempo e do local aonde o trabalhador exerce suas atividades¹⁰⁷. Desta forma, o local flexível é caracterizado por um relaxamento do tempo e lugar, para, basicamente, evitar a viagem ao local de trabalho.¹⁰⁸

Ao combinar o horário flexível com o local flexível, temos como resultado a telecomutação, ou o teletrabalho, de modo que os arranjos de local flexível podem incorporar ou não os arranjos de horário flexível, de modo um, não necessariamente caracteriza a presença do outro. A flexibilidade do local do trabalho não está diretamente conectada à flexibilidade do horário de trabalho, mas para a caracterização do teletrabalho, os dois devem estar presentes¹⁰⁹.

As residências não são projetadas para serem escritórios de trabalho, embora muitas tenham esta característica, estes atributos. Assim

¹⁰⁵ ESTRADA, Manuel Martín Pino. "Panorama juslaboral do teletrabalho no Brasil, na OIT, Venezuela e Espanha". **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 123, setembro-outubro de 2006, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p.5.

¹⁰⁶ WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: Ltr 2005, p.58

¹⁰⁷ BELMONTE, Alexandre Agra. Problemas jurídicos do teletrabalho. In: **Anuario de la Facultad de Derecho**. ISSN 0213-988-X, vol. XXVI, 2008, p. 299

¹⁰⁸ KUGELMASS, Joel.. **Teletrabalho, novas oportunidades para o trabalho flexível**. São Paulo: Atlas, 1996, p.32

¹⁰⁹ KUGELMASS, Joel.. **Teletrabalho, novas oportunidades para o trabalho flexível**. São Paulo: Atlas, 1996, p.32-33

sendo, é necessário que os teletrabalhadores otimizem os atributos seja em sua própria residência, seja em centros designados para serem de teleserviço.¹¹⁰

Assim, o teletrabalho pode ser realizado em diversas localizações, seja na residência do empregado, em telecenters ou em centros satélites. Temos que o escritório em casa pode vir a ser de um simples computador a uma sala com equipamentos necessários para a realização do trabalho. Os centros satélites são prédios, ou parte de prédio, de uma certa empresa, no qual os trabalhadores iriam diariamente para exercer suas atividades. Este tipo de localidade se diferencia de um escritório comum pelo fato de os trabalhadores estarem se deslocando para lá e pelo fato de ser perto de suas residências, e não por ser a sede da empresa. Já os Telecentros são parecidos aos centros satélite, só que em vez de serem de uma única empresa, o mesmo prédio abrigaria teletrabalhadores de múltiplas empresas.¹¹¹

Surge aqui uma dúvida de qual será a legislação aplicável, levando em consideração que o trabalho é realizado à distância. Em regra, seria aplicável a lei do local da prestação dos serviços, devendo a qualidade do trabalho ser medida levando em consideração as qualidades sócio econômicas da região aonde o serviço foi prestado. No entanto, cabe ao empregador, para que seja aplicada a lei do local da prestação dos serviços, provar que naquele local o empregado exerce atividades regulares, e que o trabalho à distância tem por objetivo a redução dos custos operacionais.¹¹²

2.5 Os elementos caracterizadores do vínculo de emprego

O vínculo de emprego é formado pela relação existente entre o empregado e empregador. O empregado, na atual legislação brasileira, está

¹¹⁰ NILLES, Jack M. **Fazendo do Teletrabalho uma realidade, um guia para telegerentes e teletrabalhadores**. São Paulo: Editora Futura, 1997, p.63

¹¹¹ MELLO, Alvaro. **Teletrabalho (Telework): O teletrabalho em qualquer lugar e a qualquer hora**. Rio de Janeiro: Qualitymark: ABRH-nacional, 1999, p.11

¹¹² BELMONTE, Alexandre Agra. Problemas jurídicos do teletrabalho. In: **Anuario de la Facultad de Derecho**. ISSN 0213-988-X, vol. XXVI, 2008, p. 299

caracterizado no artigo 3º da CLT, como sendo toda aquela pessoa física que presta serviços ao empregador de forma habitual sob dependência do mesmo, mediante salário.¹¹³

O teletrabalho, mesmo com suas peculiaridades e suas inovações, não pode, do ponto de vista jurídico, ser considerado nova forma de trabalho, já que a descentralização das empresas em pequenas unidades, e a mobilidade dos empregados, já eram utilizados por outras formas de trabalho.¹¹⁴

Mesmo não sendo cabível chamar o teletrabalho como nova forma de trabalho, pode ser considerado como um novo modelo de relação de emprego, cabendo ressaltar a distinção entre a relação tradicional de emprego e o teletrabalho.¹¹⁵

Preliminarmente, cabe ressaltar a diferença entre a distância dos envolvidos na relação de emprego, sejam eles o tomador de serviços, o trabalhador e o cliente para qual estará sendo prestado o serviço, de modo que eles estão em locais distintos, mas correlacionados pelos recursos das telecomunicações. Ainda, salta aos olhos a grande mudança no aumento da flexibilidade na organização do trabalho, seja na forma de emprego e na subordinação, assim como o emprego da tecnologia fica mais acentuado.¹¹⁶

Assim, o teletrabalho retira a ideia da dependência do trabalhador à entidade patronal, ao local de trabalho, em razão do desaparecimento da figura da empresa como espaço físico, se assemelhando

¹¹³ Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

¹¹⁴ JARDIM, Carla Carrara da Silva. **O teletrabalho e suas atuais modalidades**. São Paulo: Ltr, 2003, p. 63

¹¹⁵ WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: Ltr 2005, p.85

¹¹⁶ WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: Ltr 2005, p.85

com o trabalho em domicílio, diferença que já foi comentada um pouco acima.¹¹⁷

Uma grande dificuldade é encaixar o teletrabalho dentro dos requisitos para a formação do vínculo de emprego, que são a subordinação, a onerosidade, a pessoalidade e a não eventualidade.¹¹⁸

A onerosidade claramente está presente no contrato de trabalho, o fato do trabalhador receber uma remuneração pelos serviços prestados para o empregador caracteriza o requisito da onerosidade, independente de como for a forma de realização do serviço.

No caso do requisito da pessoalidade, o fato de a empresa não ser mais um lugar físico, passando a ter um endereço eletrônico, possibilita que a execução da tarefa determinada possa ser feita por uma outra pessoa de igual capacidade que o empregado originalmente contratado. Devendo ser resguardado que em caso de acontecer, tal substituição não será constante, e sim eventual, sempre com autorização do empregador, sob pena de uma descaracterização do vínculo empregatício.¹¹⁹

Um risco dessa nova forma de pessoalidade é no caso de divulgação de segredo da empresa, como uma senha necessária para acessar um documento, por exemplo, sendo que o teletrabalhador poderia fornecer determinada senha para outro indivíduo para que este realizasse suas funções.

Assim, se mostra muito necessária a confiança neste novo molde de trabalho, sendo necessária a responsabilização do empregado neste caso, com a possível aplicação de penalidade.

¹¹⁷ WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: Ltr 2005, p.85

¹¹⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 242

¹¹⁹ WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: Ltr 2005, p.86

Dessa forma, percebe-se que a personalidade ainda é extremamente importante, mas assim como a maioria das características do teletrabalho, também é flexibilizada.¹²⁰

No teletrabalho não é exigida uma continuidade diária da atividade fim da empresa, o serviço periódico, mas de forma regular, e aquele serviço cuja a prestação está definida quanto ao objeto ou quanto ao tempo de trabalho.¹²¹

Já o fator da subordinação merece uma análise mais aprofundada. O trabalho subordinado é a clássica relação de comando entre empregado e empregador¹²², no qual o empregado é dependente do empregador, recebendo ordens para realizar as tarefas estabelecidas pelo segundo.

Na teoria clássica do direito, a subordinação é o elemento principal de diferenciação da relação de trabalho e a relação de emprego, tendo como antítese o trabalhador autônomo, estado este chamado de subordinação jurídica. Nesse sentido, temos as palavras de Cesarino Júnior: o critério mais importante para a diferenciação do contrato de trabalho de todos os outros é a dependência do empregado em relação ao empregador, é a subordinação.¹²³

Nesse estande, a diferença entre o trabalhador subordinado e o trabalho autônomo é justamente a forma de prestação de serviços. Assim, podemos perceber que, pela forma de execução do teletrabalho, este pode esbarrar em falsas autonomias, ou em pseudo-subordinações.¹²⁴

¹²⁰ WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: Ltr 2005, p.86-87

¹²¹ WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: Ltr 2005, p.87

¹²² JARDIM, Carla Carrara da Silva. **O teletrabalho e suas atuais modalidades**. São Paulo: Ltr, 2003, p. 63

¹²³ WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: Ltr 2005, p.87

¹²⁴ JARDIM, Carla Carrara da Silva. **O teletrabalho e suas atuais modalidades**. São Paulo: Ltr, 2003, p. 64-65

Assim, com todas as alterações tecnológicas, cria-se um novo tipo de subordinação, de modo que o empregado fica apenas indiretamente ligado ao empregador, a chamada parassubordinação, quando ocorre a distância, menos acentuada que nos contratos de emprego comuns.¹²⁵

Podemos concluir que o teletrabalho não afasta a subordinação. Como forma atípica, esta forma nova de trabalho enseja uma nova interpretação à subordinação encontrada, de forma que o poder diretivo do empregador acaba se tornando mais amplo, deslocando o centro físico da empresa para um centro eletrônico.¹²⁶

2.6 As principais características do teletrabalhador

Como já percebido, o teletrabalhador é um empregado peculiar, que tem uma forma de trabalho em desenvolvimento, mais tecnológica, mais virtual, que flexibiliza as características tradicionais do contrato de trabalho comum.

Dessa forma, com a alta flexibilização e a grande mudança dos meios de trabalho, com o grande avanço tecnológico, há certas características que são essenciais para que o indivíduo possa ser considerado para adentrar no mercado dessa nova forma de emprego.

Uma das principais características que é necessária ao teletrabalhador é a automotivação. O teletrabalhador não possui estímulos visuais, auditivos de um escritório tradicional para que seja motivado, pelo contrário, ele tem um grande isolamento social. Assim, quanto maior a motivação do empregado, mais fácil será sua adaptação a essa nova forma de trabalho.¹²⁷

¹²⁵ WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: Ltr 2005, p.90

¹²⁶ WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: Ltr 2005, p.93

¹²⁷ NILLES, Jack M. **Fazendo do Teletrabalho uma realidade, um guia para telegerentes e teletrabalhadores**. São Paulo: Editora Futura, 1997, p.51

Há também uma necessidade de uma autodisciplina, a qual independentemente de estar motivado, dentro de um ambiente caseiro, isolado socialmente, em relação aos escritórios profissionais a falta da disciplina pode vir a ocasionar, um descaso com o trabalho. É necessário um controle próprio do ritmo. Da mesma forma vem a necessidade de um profissional com experiência na área, que tem o conhecimento técnico específico para realizar o determinado serviço.¹²⁸

Nessa linha de raciocínio, uma pesquisa feita por uma empresa em Minneapolis, nos Estados Unidos, constatou que, 70% dos empregados mais jovens, abaixo de 35 anos, relatam grandes conflitos entre trabalho e família, com até recusa de promoções para evitar danos maiores na estrutura familiar¹²⁹, ressaltando a necessidade da autodisciplina.

Como já demonstrado anteriormente, o teletrabalho é uma forma que flexibiliza o tempo, o lugar, dentre outros aspectos do trabalho. Assim, o teletrabalhador tem que ter igualmente a flexibilidade, tem que ser hábil a atender clientes, o empregador, os colegas da empresa¹³⁰. Concluindo que o indivíduo que tem a referida flexibilidade tem mais facilidade em se adaptar a este tipo de trabalho.¹³¹

A programação do teletrabalhador acaba tendo que ser mais detalhada, mais planejada, de modo que a preparação bem feita evita um possível descontrole do empregado.¹³²

¹²⁸ NILLES, Jack M. **Fazendo do Teletrabalho uma realidade, um guia para telegerentes e teletrabalhadores**. São Paulo: Editora Futura, 1997, p.51

¹²⁹ KUGELMASS, Joel.. **Teletrabalho, novas oportunidades para o trabalho flexível**. São Paulo: Atlas, 1996, p.21

¹³⁰ MELLO, Alvaro. **Teletrabalho (Telework): O teletrabalho em qualquer lugar e a qualquer hora**. Rio de Janeiro: Qualitymark: ABRH-nacional, 1999, p.31

¹³¹ NILLES, Jack M. **Fazendo do Teletrabalho uma realidade, um guia para telegerentes e teletrabalhadores**. São Paulo: Editora Futura, 1997, p.52

¹³² MELLO, Alvaro. **Teletrabalho (Telework): O teletrabalho em qualquer lugar e a qualquer hora**. Rio de Janeiro: Qualitymark: ABRH-nacional, 1999, p.31

3 OS DESAFIOS E DIFICULDADES NA REGULAMENTAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

3.1 A falta de legislação a respeito do tema

A legislação trabalhista brasileira é muito antiga (Decreto-Lei 5.452/43), mas mesmo assim, demonstra ser moderna a respeito do local da prestação dos serviços, de modo que a nova redação do Artigo 6º da CLT, alterado pela lei 12.551/11, equipara o trabalhador em domicílio ao trabalhador comum, em termos da relação de emprego¹³³, vejamos:

“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”.

Ainda, faz singela menção ao trabalhador em domicílio no artigo 83 da mesma Consolidação, estabelecendo que para este tipo de trabalhador será assegurado o salário mínimo.¹³⁴

Mas ainda é necessária uma maior especificidade na legislação no que concerne aos outros elementos da relação de trabalho. A falta de legislação é um dos principais vetores que incentivam uma possível violação dos direitos fundamentais do trabalhador, podendo ser prejudicado ou mesmo explorado.¹³⁵

Nessa linha de pensamento, percebemos uma ausência de normatização a respeito de assuntos relacionados com o regime do teletrabalhador, como por exemplo o seguro saúde, remuneração e reembolso de despesas adicionais, fornecimento de

¹³³ DUARTE, Juliana Bracks. **O teletrabalho no Domicílio do Empregado: Controle de Jornada e Responsabilidade pelo Custeio dos Equipamentos Envolvidos**, 2005, Disponível em: <http://www.sobratt.org.br/fbt2005/Juliana%20Bracks.pdf>, acessado em 27/03/2015, p.24.

¹³⁴ DUARTE, Juliana Bracks. **O teletrabalho no Domicílio do Empregado: Controle de Jornada e Responsabilidade pelo Custeio dos Equipamentos Envolvidos**, 2005, Disponível em: <http://www.sobratt.org.br/fbt2005/Juliana%20Bracks.pdf>, acessado em 27/03/2015, p.24.

¹³⁵ FERREIRA PAIVA, Ana Helena, **A Regulamentação da Jornada do Teletrabalhador como um Direito À DE**, 2010, Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3355&idAreaSel=8&seeArt=yes>.

equipamento necessário a realização do labor, higiene e segurança¹³⁶, fato que deixa o indivíduo inserido neste tipo novo de trabalho extremamente vulnerável, possibilitando uma violação ao princípio de proteção ao trabalhador.

Atualmente tramita no Congresso Nacional, um projeto de lei (nº 274/13) de iniciativa do ex-senador Rodrigo Rollemberg para a regulamentação do teletrabalho, para a regulamentação da duração e condições de trabalho do teletrabalhador, que atualmente, a matéria do projeto de lei está aguardando instalação da comissão para posterior distribuição.¹³⁷

Ainda, há que se falar que, atualmente, algumas entidades já vem adotando regulamentação própria para os seus empregados em regime de teletrabalho, como é o caso do Tribunal Superior do Trabalho, de modo a possibilitar o trabalho fora das dependências do referido tribunal, adotando certos critérios para a realização deste tipo de labor.¹³⁸

Assim, temos que com a expansão do teletrabalho, há que se buscar uma regulamentação mais específica, não sendo igual a do trabalho em domicílio, dada a diversidade entre ambos os tipos de trabalho, de modo a resguardar a própria organização do trabalho.¹³⁹

3.2 A jornada de Trabalho do Teletrabalhador

Como já discutido, a legislação a cerca do teletrabalho ainda é crua, faltando diversos assuntos fundamentais a serem regulamentados, como por exemplo a jornada de trabalho.

A CLT conceitua jornada de trabalho como sendo o número de horas diárias de labor que o empregado presta à empresa, já o horário de trabalho seria o espaço

¹³⁶ FERREIRA PAIVA, Ana Helena, **A Regulamentação da Jornada do Teletrabalhador como um Direito À DE**, 2010, Disponível em:

<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3355&idAreaSel=8&seeArt=yes>.

¹³⁷ Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=113558.

¹³⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução Administrativa n. 1499, de 1º de fevereiro de 2012. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n 912, 3 fev. 2012. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/351894/minuta+teletrabalho.pdf>.

¹³⁹ WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: Ltr 2005, p.140/141

entre o início do cumprimento da jornada até o seu término, não sendo computado o intervalo para descanso e alimentação.¹⁴⁰

Como já discutido, com a nova redação do artigo 6º da CLT, passou a inexistir diferença entre o trabalho prestado no estabelecimento da empresa e o prestado fora deste, assim, o teletrabalhador não poderá ultrapassar a jornada máxima prevista no artigo 7º da CF, estabelecendo que esta não pode ultrapassar oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais.¹⁴¹

Desse modo, o teletrabalhador será equiparado de todas as formas ao trabalhador que exerce as suas funções dentro da empresa, sendo que receberá de um computador central da mesma as tarefas que deve realizar, sendo apto para realizar todas como se estivesse no próprio estabelecimento empresarial.¹⁴²

Assim, o empregador encontra maiores dificuldades em seguir a sistemática trabalhista dada a maior dificuldade em controlar e fiscalizar o trabalho, sendo que é mais fácil avaliar um trabalhador pela presença física, cumprindo a jornada de trabalho, sendo necessário providenciar equipamentos informáticos que visem a aproximação do empregado com o empregador.¹⁴³

Esses novos meios de fiscalização da jornada de trabalho criam para o empregador o dever de exercer a fiscalização às suas máquinas e da própria correspondência eletrônica enviada e recebida de seu estabelecimento.¹⁴⁴

Temos assim que o controle do trabalho é realizado pelos sistemas existentes no escritório central da empresa, de modo que a mesma

¹⁴⁰ WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: Ltr 2005, p.114

¹⁴¹ “Art 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social: (...) XII – 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”.

¹⁴² PEDREIRA, José Pinho. **O Teletrabalho**, São Paulo, LTr, 2000, p.586

¹⁴³ FERREIRA PAIVA, Ana Helena, **A Regulamentação da Jornada do Teletrabalhador como um Direito À DE**, 2010, Disponível em:

<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3355&idAreaSel=8&seeArt=yes>.

¹⁴⁴ WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: Ltr 2005, p.106

tem que ter sempre um suporte técnico a disposição do empregado para eventual necessidade de corrigir deficiências surgidas.¹⁴⁵

O teletrabalho com suas peculiaridades se assimila com outros tipos de trabalhadores, como por exemplo os de mecanografia. Dessa maneira, o teletrabalhador que exerce as funções semelhantes daquele, teria o mesmo intervalo especial previsto no artigo 72 da CLT¹⁴⁶, o qual cita que para cada noventa minutos trabalhados o empregado teria um intervalo de dez minutos não deduzidos da jornada de trabalho.¹⁴⁷

Temos assim, que para exercer o controle de jornada deste tipo de trabalhadores, a avaliação de provas eletrônicas ficará cada vez mais importante e mais presente na vida dos operadores do direito, de modo que a autenticidade das mesmas, se impugnada, caberá ao juiz do trabalho avaliá-las através de perito.¹⁴⁸

Dessa forma, para evitar incidentes de jornada extraordinária, certas empresas bloqueiam o acesso aos servidores da empresa, aonde seria realizado o serviço, somente permitindo a sua utilização com uma autorização ou justificativa expressa, que seria entregue a um representante legal da empresa.¹⁴⁹

Assim o teletrabalhador poderia optar por dois tipos de jornada. Sendo uma a fixação de horário da jornada, ou estabelecer um horário

¹⁴⁵ WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: Ltr 2005, p.138

¹⁴⁶ CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. **O fenômeno do Teletrabalho: uma abordagem jurídica trabalhista**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11504. Acesso em mar 2015.

¹⁴⁷ “Art 72. Nos serviços permanentes de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo), a cada período de 90 (noventa) minutos de trabalho consecutivo corresponderá um repouso de 10 (dez) minutos não deduzidos da duração normal de trabalho.”

¹⁴⁸ MASSONI, Tulio de Oliveira. **Aplicação das leis trabalhistas no teletrabalho**, 2011, Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-set-01/aplicar-leis-trabalhistas-relacao-teletrabalho>. Acessado em: 28/03/2015

¹⁴⁹ MASSONI, Tulio de Oliveira. **Aplicação das leis trabalhistas no teletrabalho**, 2011, Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-set-01/aplicar-leis-trabalhistas-relacao-teletrabalho>. Acessado em: 28/03/2015

flexível, pelo qual o importante seria o resultado, sendo estabelecido metas a serem cumpridas diariamente pelo teletrabalhador.¹⁵⁰

3.3 A caracterização do trabalho externo e sobreaviso

Como já discutido, a mudança do artigo 6º da CLT, equiparou-se o trabalho realizado na sede da empresa para aquele realizado no domicílio do empregado, por uso de meios telemáticos e informacionais para fins de subordinação jurídica, fato este que não significa que os teletrabalhadores estejam vinculados, sujeitos, ao controle de jornada.¹⁵¹

De acordo com a redação prevista no artigo 62, inciso I da CLT, aquele trabalhador que presta atividade externa, sendo esta incompatível com o controle de jornada, não tem direito ao pagamento de horas extraordinárias laboradas.¹⁵²

Todavia, tanto para o trabalhador externo quanto para o trabalhador em domicílio, mesmo laborando fora dos limites da empresa, se estes estiverem sujeitos a um controle de jornada, terão direito às horas extraordinárias trabalhadas. Estas ainda serão devidas quando as metas a serem alcançadas, diariamente estabelecidas pelo empregador, não possam ser feitas dentro do horário de trabalho estabelecido no contrato.¹⁵³

A jurisprudência não é estranha ao assunto, vejamos o julgado da 1ª turma do TST, no qual o reclamante trabalhava de maneira externa e requer a condenação de horas extras de seu empregador:

¹⁵⁰ DUARTE, Juliana Bracks. **O teletrabalho no Domicílio do Empregado: Controle de Jornada e Responsabilidade pelo Custeio dos Equipamentos Envolvidos**, 2005, Disponível em: <http://www.sobratt.org.br/fbt2005/Juliana%20Bracks.pdf>, acessado em 27/03/2015, p.29

¹⁵¹ CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. **O fenômeno do Teletrabalho: uma abordagem jurídica trabalhista**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11504. Acesso em mar 2015.

¹⁵² “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.

¹⁵³ DUARTE, Juliana Bracks. **O teletrabalho no Domicílio do Empregado: Controle de Jornada e Responsabilidade pelo Custeio dos Equipamentos Envolvidos**, 2005, Disponível em: <http://www.sobratt.org.br/fbt2005/Juliana%20Bracks.pdf>, acessado em 27/03/2015, p.28

“ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. CARÁTER PROVISÓRIO. TRANSFERÊNCIAS SUCESSIVAS. ADICIONAL DEVIDO. Esta Corte superior, por meio da Orientação Jurisprudencial n.º 113 da SBDI-I, sedimentou entendimento no sentido de que o caráter provisório da transferência constitui requisito necessário para o deferimento do respectivo adicional. Resultando evidente, na presente hipótese, a ocorrência sucessiva de transferências, não há como afastar o seu caráter transitório, apto a ensejar o pagamento do adicional de transferência. Agravo de instrumento a que se nega provimento. HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. CONTROLE DE JORNADA. MATÉRIA FÁTICA. É insuscetível de revisão, em sede extraordinária, a decisão proferida pelo Tribunal Regional à luz da prova carreada aos autos. Somente com o revolvimento do substrato fático-probatório dos autos seria possível afastar a premissa sobre a qual se erigiu a conclusão consagrada pela Corte de origem, no sentido de que **a jornada do reclamante era controlada por meio do cronograma submetido ao gerente, confissão do preposto de que havia cobrança de cumprimento de horário e fiscalização por telefone**. Incidência da Súmula n.º 126 do Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de instrumento a que se nega provimento”.¹⁵⁴

Desta forma, percebemos que já há turmas entendendo pela possibilidade de controle de jornada pelos meios já anteriormente discutidos, como o telefone.

Em um outro sentido, vemos o julgado de um Agravo de Instrumento da 6ª turma do Tribunal Superior do Trabalho a respeito da aplicação do inciso I do artigo 62 da CLT no Teletrabalho:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. HOME OFFICE: ENQUADRAMENTO E EFEITOS JURÍDICOS. OUTROS TEMAS: SUBSTITUIÇÃO. ACÚMULO DE FUNÇÕES. HORAS EXTRAS. ADICIONAL NOTURNO. HORAS DE SOBREVISO. FÉRIAS INTERROMPIDAS. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. O teletrabalho e o trabalho em domicílio (home office) tornaram-se freqüentes nas últimas décadas em face da invenção, aperfeiçoamento e generalização de novos meios comunicacionais, ao lado do advento de novas fórmulas organizacionais e gerenciais de empresas e instituições. Isso não elimina, porém, necessariamente, a presença de subordinação na correspondente relação socioeconômica e jurídica entre o trabalhador e seu tomador de serviços, desde que ultrapassado o conceito tradicional desse elemento integrante da relação empregatícia em favor de sua dimensão objetiva ou, até mesmo, em favor do conceito de subordinação estrutural. Dentro deste novo, moderno e atualizado enfoque da subordinação, os trabalhadores em domicílio, mesmo enquadrando-se no parâmetro do home office, podem, sim, ser tidos como subordinados e, desse modo, efetivos empregados. **Não obstante, não se pode negar que, de maneira geral, em princípio,**

¹⁵⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 1ª Turma. AIRR 120-16.2013.5.23.0004, Relator: Lelio Bentes Corrêa, julgamento: 18/03/2015, DEJT: 20/03/2015, Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20120-16.2013.5.23.0004&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAGyuAAB&dataPublicacao=20/03/2015&localPublicacao=DEJT&query=trabalho%20and%20em%20and%20domicilio%20and%20controle%20and%20de%20and%20jornada>, acessado em 28/03/2015.

tais trabalhadores enquadram-se no tipo jurídico excetivo do art. 62 da CLT, realizando o parâmetro das jornadas não controladas de que fala a ordem jurídica trabalhista (art. 62, I, CLT).¹⁵⁵

Ainda nesse sentido, vemos o julgado do Agravo de instrumento julgado pela 3ª turma do mesmo Tribunal Superior:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. REVELIA. DIFERENÇAS POR DESVIO DE FUNÇÃO. HORAS EXTRAS. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESPACHO AGRAVADO MANTIDO PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. DESPROVIMENTO. Não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo conhecido e desprovido. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-49-62.2012.5.06.0023, em que é Agravante JOSÉ ANDRELINO DA SILVA e Agravado TEC LINK TELECOMUNICAÇÕES LTDA. Contra o despacho que negou seguimento ao Recurso de Revista em razão de estarem desatendidos os pressupostos do artigo 896 da CLT, o reclamante interpõe Agravo de Instrumento (...). Alega o recorrente que faz jus a horas extras por haver fiscalização sobre o seu horário de trabalho, motivo pelo qual não se aplica a exceção prevista no art. 62 da CLT. Aqui, não merece qualquer reforma a decisão impugnada. Analisando os autos, verifica-se que o reclamante trabalhava em sua residência, em sistema "home office", bem como externamente, sem que a empresa tivesse qualquer ingerência quanto aos horários de labor por ele cumpridos (...) **Com efeito, atuava o recorrente com total liberdade quanto ao cumprimento de suas jornadas, prestando serviços dentro de sua própria residência, o que impede a verificação de que o mesmo estava trabalhando ou realizando qualquer outra tarefa. Então, sem a possibilidade de controle sobre a jornada, indevidas as horas extras postuladas**”.¹⁵⁶

Assim, podemos concluir que equiparam-se os teletrabalhadores aos empregados que exercem funções externas, sendo aplicável por analogia o artigo em discussão, fato que o impossibilitaria de

¹⁵⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 6ª Turma. AIRR 62141-19.2003.5.10.0011, Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado, julgamento: 07/04/2012, DEJT: 16/04/2010, Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2062141-19.2003.5.10.0011&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAA25IAAB&dataPublicacao=16/04/2010&localPublicacao=DEJT&query=teletrabalho>, acessado em 28/03/2015

¹⁵⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma. AIRR 49-62.2012.5.06.0023, Relator: Ministro Cláudio Soares Pires, Julgamento: 05/11/2014, DEJT 07/11/2014, Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2049-62.2012.5.06.0023&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAHoVAAU&dataPublicacao=07/11/2014&localPublicacao=DEJT&query=home%20and%20office>, acessado em 29/03/2015

contemplar o direito às horas extras, em razão da dificuldade enorme de controle de jornada.¹⁵⁷

Cabe ainda mencionar, a possibilidade de caracterização das horas de sobreaviso no regime de teletrabalho. Por horas de sobreaviso, é compreendido no período pelo qual o empregado fica em sua residência esperando por um contato de seu empregador para ser chamado a exercer seu serviço.¹⁵⁸

Nesse sentido, temos a súmula 428 do Tribunal Superior do Trabalho que determina que o simples fato de o empregador ceder ao empregado aparelho celular com a possibilidade de ser chamado a exercer suas funções não caracteriza o sobreaviso se não limitar o direito de locomoção do empregado¹⁵⁹. O que poderia vir a ser aplicado analogicamente ao teletrabalho, de modo que o teletrabalhador poderia ser acessado a qualquer momento para exercer suas funções.

Dado os fatos apresentados, é de se concluir que pela falta de regulamentação do teletrabalho, fica difícil a caracterização e controle de sua jornada de trabalho, de modo que o teletrabalhador exerce suas atividades fora do estabelecimento da empresa. Assim, somente seria considerada a jornada extraordinária se o empregador tivesse meios para efetuar o controle de jornada, caso o contrário seria aplicado o artigo 62, inciso I da CLT.¹⁶⁰

3.4 A possível violação dos princípios do contrato de trabalho

O teletrabalho, como já discutido, prevê certas vantagens ao trabalhador como a redução de custos relacionados com o deslocamento até o

¹⁵⁷ ESTRADA, Manuel Martín Pino, A escravização Digital no Teletrabalho e nos Mundos Virtuais e Comentários à lei 12551 de 2011, 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id+11525, acessado em 29/03.2015.

¹⁵⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p.911

¹⁵⁹ MASSONI, Tulio de Oliveira. **Aplicação das leis trabalhistas no teletrabalho**, 2011, Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-set-01/aplicar-leis-trabalhistas-relacao-teletrabalho>. Acessado em: 29/03/2015

¹⁶⁰ DUARTE, Juliana Bracks. **O teletrabalho no Domicílio do Empregado: Controle de Jornada e Responsabilidade pelo Custeio dos Equipamentos Envolvidos**, 2005, Disponível em: <http://www.sobratt.org.br/fbt2005/Juliana%20Bracks.pdf>, acessado em 27/03/2015, p.29

local de trabalho, uma maior possibilidade de organização do tempo disponível para o Trabalho, ampliação dos níveis de relacionamento do trabalhador com sua família podendo acarretar em um aumento na produtividade.¹⁶¹

Ao mesmo tempo em que proporciona estas vantagens, também cria condições para um possível abuso de horário, abuso este que se dá pelo fato de os meios de telecomunicações como o telefone, o computador, o correio eletrônico e o fax serão utilizados tanto para fins profissionais quanto para fins familiares, aumentando o risco de por o indivíduo estar sempre conectado, o mesmo estar sempre sob pressão de realizar as tarefas profissionais, conduzindo o prolongamento do tempo de labor diário.¹⁶²

A jornada do trabalhador é limitada a 8 horas diárias e 44 horas semanais, sendo o que as ultrapassar considerado horas extraordinárias trabalhadas, limitação esta prevista no artigo 7º, inciso XIII da Carta Magna¹⁶³, retirando as exceções já mencionadas anteriormente, que seriam o trabalhador externo e o que exerce cargo de confiança. Assim, temos que a limitação da jornada de trabalho é um direito constitucional do trabalhador.

Assim, as relações de teletrabalho dão abertura à possibilidade de abuso de horário, não pelo fato de estar exercendo a atividade por um período de tempo extraordinário, mas por sempre estar conectado, podendo a toda hora ser chamado ao trabalho, o que sem a devida legislação para a caracterização de um possível sobreaviso, estaria violando o direito fundamental de limitação de jornada do empregado.

Dessa forma, vemos a clara violação ao princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, de modo que a aderência ao teletrabalho, enquanto não regulamentado, por si só já estaria sendo uma renúncia de direitos fundamentais do empregado.

¹⁶¹ WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: Ltr 2005, p.128

¹⁶² FERREIRA PAIVA, Ana Helena, **A Regulamentação da Jornada do Teletrabalhador como um Direito À DE**, 2010, Disponível em:
<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3355&idAreaSel=8&seeArt=yes>.

¹⁶³ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p. 567

O trabalho em excesso, pode vir a originar doenças relacionadas a stress, ou até mesmo conflitos familiares¹⁶⁴. Fato que ocasiona a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana ao passo que cria um dano psicológico ao teletrabalhador pela grande pressão que o mesmo sente, ao passo de que está sempre conectado.

O grande objetivo dos princípios relacionados ao contrato de trabalho é dar a este um maior equilíbrio, tentando aproximar os dois pólos, empregado e empregador, a uma igualdade.

Assim, vemos que o teletrabalho está de certa forma mascarando em suas qualidades um maior distanciamento entre empregado e empregador, ao passo de que o empregador não tem mais o stress da organização e controle de seus empregados em um estabelecimento empresarial, e o empregado sempre conectado, ganha uma maior pressão por resultados, de modo que está sempre a disposição, por meios telemáticos, a realizar as funções estabelecidas por seu empregador.

Ainda, vale a pena ressaltar que o princípio da proporcionalidade, que visa um maior equilíbrio contratual, de forma a não agir com excessos ou de maneira insuficiente também resta violado. Assim, o poder de direção e regulamentação do empregador acaba sendo ampliado ao passo de que sempre pode vir a pedir serviços de seu empregado, fato este pelo empregado, de certa forma, estar sempre à disposição da empresa que o contratou.

Concluindo, resta evidente que a falta de regulamentação específica do teletrabalho, principalmente no que concerne à jornada de trabalho, gera uma fragilidade enorme a este novo tipo de labor, que a cada dia que passa, com os avanços tecnológicos, é cada vez mais utilizado pelas empresas da atualidade.

¹⁶⁴ FERREIRA PAIVA, Ana Helena, **A Regulamentação da Jornada do Teletrabalhador como um Direito À DE**, 2010, Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3355&idAreaSel=8&seeArt=yes>.

É de suma importância a definição de leis e regras que estabeleçam limites á jornada do teletrabalhador, que limitem os poderes do empregador frente ao controle de jornada, às funções designadas aos empregados, de forma que nenhum tipo de trabalho pode violar os princípios fundamentais do direito do trabalho e macular o psicológico dos empregados.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como objetivo principal a análise do instituto de teletrabalho, demonstrando a falta de regulamentação desse novo direito que surge com a evolução eletrônica, a dificuldade de inclusão deste dentro das normas e princípios clássicos do direito do trabalho, objetivando-se dar ensejo a que se possa regulamentar o teletrabalho.

Primeiramente foi analisado o contrato de trabalho de uma maneira geral, abordando os principais princípios que o regem, como por exemplo o da proteção, da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, da dignidade da pessoa humana, razoabilidade e proporcionalidade.

Ainda, foram analisadas suas principais características, o necessário para se formar um contrato de emprego, a subordinação, onerosidade, não eventualidade e pessoalidade.

Outro tema abordado foi a duração do contrato de trabalho, máximo de 8 horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, e as diferentes modalidades de jornada que pode ter o trabalhador.

Logo mais, foi analisado o instituto do teletrabalho, começando por sua evolução histórica, o processo que levou a criação e avanço desse moderno tipo de labor.

Ficou evidenciada a diferença entre o teletrabalho e o trabalho em domicílio, sendo que o segundo é simplesmente o trabalho realizado no domicílio do empregado, enquanto o primeiro é aquele realizado longe das dependências da empresa, do empregador, através de meios telemáticos, podendo ser realizado em telecentros organizados especificamente para este tipo de trabalho.

Restou demonstrado uma mudança em relação aos elementos caracterizadores da relação de emprego no teletrabalho. Em relação à subordinação por exemplo, que virá muito mais flexível, dado que o empregado no caso não estará aos alcances físicos do empregador.

Dessa forma, fica demonstrada a necessidade de mudança na mentalidade do próprio teletrabalhador que, o fato de estar longe das relações sociais diárias de um escritório pode ocasionar uma falta de motivação, de modo que, em uma nova forma de trabalho extremamente flexível o empregado que tiver uma maior possibilidade de flexibilização dos seus horários, que estiver acostumado a um horário mais amplo, tende a se sair melhor no teletrabalho.

Após, foi analisada a fragilidade característica do teletrabalhador no atual momento da sociedade brasileira, que é fortalecida pela falta de legislação sedimentada a respeito do assunto, o que cria muitas brechas para que o teletrabalhador venha a sofrer abusos relacionados ao seus direitos trabalhistas.

A falta de legislação faz com que o teletrabalhador não saiba o que tem direito dentro da relação de emprego, sendo que atualmente a única menção deste tipo de labor é com a nova redação dada ao artigo sexto da CLT, que equipara para fins de subordinação o trabalho em domicílio e o trabalho realizado nas dependências da empresa.

Assim, há uma dúvida quanto ao direito ao pagamento das horas extraordinárias trabalhadas pelo teletrabalho ser equiparado a um trabalho externo. Vemos que no Tribunal Superior do Trabalho, pelas jurisprudências juntadas, que o pagamento das horas extras seriam devidos apenas se a empresa conseguisse meios para controlar a jornada do teletrabalhador a distância.

No final, foi ressaltado a violação aos princípios inerentes ao contrato de trabalho na realização do teletrabalho nos moldes atuais. Vemos que a pressão é um grande influenciador, fato este que se dá pelo fato de o empregado estar sempre conectado, o que mesmo com um eventual controle de jornada pode ocasionar em uma disponibilidade dos direitos trabalhistas, principalmente relacionando com o número de horas trabalhadas.

Dessa forma, fica evidenciada uma diferenciação relevante entre o trabalho nas dependências da empresa e o teletrabalho. Na primeira situação, o empregado é tratado com uma subordinação e dependência direta durante toda sua

jornada de trabalho no local da empresa mediante marcação de ponto, orientação imediata do empregador, horário para refeições e horas extras caracterizadas, enquanto que, no teletrabalho necessariamente haverá mais uma coordenação do que uma subordinação direta, haverá maior número de trabalho em relação às tarefas, dificilmente demonstrada a dependência.

Tudo isso faz concluir que existe no mundo atual uma nova forma de trabalho a ser efetivamente regulamentada por lei, tendo em vista as peculiaridades decorrentes desse avanço social que deu origem ao teletrabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Marco Aurélio. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010

BELMONTE, Alexandre Agra. Problemas jurídicos do teletrabalho. In: **Anuario de la Facultad de Derecho**. ISSN 0213-988-X, vol. XXVI, 2008

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução Administrativa n. 1499, de 1º de fevereiro de 2012. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n 912, 3 fev. 2012. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/351894/minuta+teletrabalho.pdf>

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 1ª Turma. AIRR 120-16.2013.5.23.0004, Relator: Lelio Bentes Corrêa, julgamento: 18/03/2015, DEJT: 20/03/2015, Disponível em:

<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20120-16.2013.5.23.0004&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAGyuAAB&dataPublicacao=20/03/2015&localPublicacao=DEJT&query=trabalho%20and%20em%20and%20omicilio%20and%20controle%20and%20de%20and%20jornada>

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma. AIRR 49-62.2012.5.06.0023, Relator: Ministro Cláudio Soares Pires, Julgamento: 05/11/2014, DEJT 07/11/2014, Disponível em:

<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2049-62.2012.5.06.0023&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAHoVAAU&dataPublicacao=07/11/2014&localPublicacao=DEJT&query=home%20and%20office>

CAIRO JR, José. **Curso de direito do trabalho**. Salvador: EDITORA jusPODIVM, 2014

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2014

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. **O fenômeno do Teletrabalho: uma abordagem jurídica trabalhista**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11504

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014

DUARTE, Juliana Bracks. **O teletrabalho no Domicílio do Empregado: Controle de Jornada e Responsabilidade pelo Custeio dos Equipamentos Envolvidos**, 2005, Disponível em: <http://www.sobratt.org.br/fbt2005/Juliana%20Bracks.pdf>, acessado em 27/03/2015

ESTRADA, Manuel Martín Pino. “Panorama juslaboral do teletrabalho no Brasil, na OIT, Venezuela e Espanha”. **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 123, setembro-outubro de 2006, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo

FERREIRA PAIVA, Ana Helena, **A Regulamentação da Jornada do Teletrabalhador como um Direito À DE**, 2010, Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3355&idAreaSel=8&seeArt=yes>

http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=113558

<http://www.oitbrasil.org.br/convention>, acessado em 27/10/2014

<http://www.onu.org.br/onu-no-brasil/oit/>, acessado em 26/10/2014

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

KUGELMASS, Joel.. **Teletrabalho, novas oportunidades para o trabalho flexível**. São Paulo: Atlas

LITHOLDO, Viviane Patrícia Scucuglia. **Os princípios de Direito do Trabalho: Diretrizes para uma Decisão Justa e Dinâmica**. São Paulo: LTr, 2013

MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. **Os princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência**. São Paulo: LTr, 2013

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015

MASSONI, Tulio de Oliveira. **Aplicação das leis trabalhistas no teletrabalho**, 2011, Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-set-01/aplicar-leis-trabalhistas-relacao-teletrabalho>

MELLO, Alvaro. **Teletrabalho (Telework): O teletrabalho em qualquer lugar e a qualquer hora.** Rio de Janeiro: Qualitymark: ABRH-nacional, 1999

PEDREIRA, José Pinho. **O Teletrabalho,** São Paulo, LTr, 2000

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1978

TROPE, Alberto. **Organização virtual, impactos do teletrabalho nas organizações.** Rio de Janeiro: Qualitymark

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego – estrutura legal e supostos.** São Paulo: Saraiva, 1975

NILLES, Jack M. **Fazendo do Teletrabalho uma realidade, um guia para telegerentes e teletrabalhadores.** São Paulo: Editora Futura, 1997

WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho uma forma alternativa de emprego.** São Paulo: Ltr 2005

