

## O TELETRABALHO E SUA EVOLUÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Igor de Oliveira Zwicker\*

Teletrabalho é um tema que, em que pese o grande avanço tecnológico, a velocidade da informação e a facilidade de comunicação, entre outros, tem tido, na prática, um entendimento deveras tímido na ciência do Direito do Trabalho.

É verdade que muito se escreve sobre isso - muito há doutrinariamente -, mas, na prática, muito pouco se constata de substrato jurídico, de consolidação da jurisprudência, de diretrizes do Poder Judiciário aos atores sociais de como se desenvolve efetivamente a questão no dia a dia das empresas e dos trabalhadores.

Encontramos questões básicas sem uma solução apropriada, mormente quanto à jornada de trabalho e sua linha tênue entre a caracterização de uma jornada controlada por meios telemáticos e informatizados de comando ou de um trabalho externo, por exemplo, além de outras questões não menos importantes, como quando o trabalhador está em sobreaviso, o que é considerado tempo de serviço efetivo, entre outras questões pungentes. E veremos, ao fim, que tais questões não foram bem resolvidas pela problemática em torno do pressuposto da subordinação jurídica e o seu papel no teletrabalho, em que pese o advento da Lei n. 12.551/2011 e a alteração do artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Até na própria doutrina encontramos divergências exponenciais. Manuel Martín Pino Estrada, em artigo<sup>1</sup> publicado na Revista Eletrônica do egrégio Tribunal Regional do Trabalho do Paraná - publicação temática sobre o assunto -, faz um alerta sobre o tema (que foi objeto de sua dissertação de mestrado), criticando diversos conceitos e procurando demonstrar que tais conceitos

[...] não têm mais cabimento nos dias atuais devido aos avanços da tecnologia da telecomunicação e da própria *internet*, inclusive, as afirmações sobre a mitigação da subordinação advindas de vários doutrinadores são criticadas, pois também não condizem com a realidade atual, porém, infelizmente, são seguidas por vários pesquisadores.<sup>2</sup>

Especificamente em relação às decisões judiciais e à prática decisória dos tribunais, que serão verdadeiramente o objeto deste artigo, a par da extensa doutrina que traremos, para buscarmos entendimento sobre o assunto, basta analisarmos a jurisprudência do colendo Tribunal Superior do Trabalho sobre o

\* Bacharel em Direito e Especialista em Gestão de Serviços Públicos pela Universidade da Amazônia, Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pela Universidade de Campinas e Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Servidor concursado do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, desde 1999, atualmente é Analista Judiciário - Área Judiciária e exerce o cargo em comissão de Assessor Jurídico-Administrativo. Professor de Direito.

<sup>1</sup> ESTRADA, Manuel Martín Pino. Teletrabalho e direito: conceito, classificação e natureza jurídica. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, setembro, v. 3, n. 33, 2014. p. 46-57.

<sup>2</sup> ESTRADA, Manuel Martín Pino. Ob. cit., p. 46-47.

tema: utilizando a expressão teletrabalho<sup>3</sup>, encontramos na base de dados daquela colenda Corte tão somente 73 julgados, que datam de 2004 a 2014. O mais antigo data de 13/10/2004, publicado no Diário da Justiça de 12/11/2004; o mais recente, de 5/11/2014, publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 7/11/2014.

Assim, temos na base de dados do colendo Tribunal Superior do Trabalho uma média de 7,3 julgados por ano, ou de 0,6 por mês, o que indica não termos sequer um julgamento por mês em matéria trabalhista. Temos ainda o agravante de que nem todos os julgamentos são especificamente sobre teletrabalho e apenas trazem esse tema para complementar os temas que foram efetivo objeto de análise, como a terceirização e a atuação do representante comercial autônomo, além de outros que, embora sobre teletrabalho, não enfrentaram o tema diretamente.

Esses dados mostram um alerta e preocupação, tendo em vista que compete ao colendo Tribunal Superior do Trabalho a pacificação da jurisprudência trabalhista nacional, por mandamento constitucional. E vejam: estamos a falar de dez anos já completos entre o primeiro e o último julgamento, mesmo se considerarmos que o teletrabalho já era bastante debatido em 2004, em pleno século XXI, e mesmo se considerarmos, igualmente, que tais julgamentos iniciaram em momento anterior à mudança do artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei n. 12.551/2011.

Basta lembrar que, mesmo o artigo 6º não prevendo expressamente a equivalência entre os meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio com os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão, já tínhamos uma ampla interpretação a partir da redação primária de tal comando legal, originária de 1943, e que já dizia não se distinguir o trabalho realizado no estabelecimento do empregador ao executado pelo empregado em seu domicílio, desde que esteja caracterizada a relação de emprego. A partir de tal premissa, fazia-se uma analogia com as demais possibilidades de trabalho a distância, ainda que não necessariamente executadas no domicílio do empregado.

Pois bem. Faremos algumas breves incursões sobre o significado do verbete teletrabalho, para, então, adentrarmos no desenvolvimento da temática forjada no âmbito do colendo Tribunal Superior do Trabalho.

José Affonso Dallegrave Neto, em artigo<sup>4</sup> publicado na Revista Eletrônica do egrégio Tribunal Regional do Trabalho do Paraná - publicação temática sobre o assunto -, lembra-nos de que “teletrabalho” tem origem etimológica no prefixo grego “tele”, que significa distância. Teletrabalho seria, então, “[...] qualquer forma de trabalho realizado à distância da empresa ou de uma de suas unidades de produção.”<sup>5</sup>

Segundo a Organização Internacional do Trabalho<sup>6</sup>,

<sup>3</sup> A partir do endereço eletrônico <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>, inserimos o verbete “teletrabalho” (palavra única) no campo “Pesquisa livre”, para abarcar todos os julgamentos que existem no banco de dados, independentemente de o verbete estar ou não referido na ementa dos julgados, bastando que se faça referência, em algum momento, no corpo do acórdão.

<sup>4</sup> DALLEGRAVE NETO, José Affonso. O teletrabalho: importância, conceito e implicações jurídicas. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, setembro, v. 3, n. 33, 2014. p. 8-27.

<sup>5</sup> DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Ob. cit., p. 8.

<sup>6</sup> Disponível em: <<http://www.teletrabalhador.com/>>.

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

Jack Nilles, citado por Manuel Martín Pino Estrada<sup>7</sup> como o fundador do teletrabalho, o define como

[...] qualquer forma de substituição de deslocamentos relacionados com a atividade econômica por tecnologias da informação, ou a possibilidade de enviar o trabalho ao trabalhador, no lugar de enviar o trabalhador ao trabalho. Isso faz com que o desenvolvimento da atividade profissional seja realizado sem a presença física do trabalhador na empresa durante parte importante do dia, mas contatados por um meio de comunicação qualquer.

A autoria do teletrabalho a Jack Nilles é também citada em acórdão do colendo Tribunal Superior do Trabalho, por sua Oitava Turma<sup>8</sup>, julgado em 17/9/2014 (Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 19/9/2014), trazendo, ainda, outros conceitos, e assim lavrado:

A propósito, JACK NILLES - antigo cientista da NASA - foi o fundador do teletrabalho, por intermédio de estudo realizado em 1973, denominando-o de *telecommuting*. NILLES o define pelo “mover parte ou a totalidade do trabalho para fora do escritório, para casa ou um centro de teletrabalho.” Por sinal, IVANI CONTINI BRAMANTI cita LORENZO GAETA, segundo o qual: “Teletrabalho é a prestação de quem trabalha com um videoterminal, geograficamente, fora da empresa a quem a prestação é dirigida.” Por seu turno, vejamos o ensino de RICARDO TADEU MARQUES DA FONSECA: “O teletrabalho, que se define como trabalho prestado a distância por intermédio de sistemas de computadores e telecomunicações, foi apresentado como um meio de libertação do trabalhador dos rígidos horários e da frequência obrigatória ao local de trabalho, poupando-lhe dos gastos com locomoção, alimentação e vestuários.”

Dito isso, iniciamos a análise dos julgamentos por um proferido no ano de 2008<sup>9</sup>, no qual a Oitava Turma do colendo Tribunal Superior do Trabalho chancelou julgamento do Tribunal local que disse o seguinte:

[...] a despeito de novas condições laborais tais como o teletrabalho ou o renascido trabalho a domicílio - é certo que a vinculação subordinada a determinada empresa pressupõe um mínimo de tempo em que o trabalhador esteja fisicamente presente nas dependências da empresa.

Já de início, podemos observar a importância da Lei n. 12.551/2011: ainda que o Judiciário trabalhista já fizesse o emprego da analogia, como dissemos, entre

<sup>7</sup> ESTRADA, Manuel Martín Pino. O teletrabalho transfronteiriço no direito brasileiro e a globalização. *Revista Consultor Jurídico*, 30 dez. 2002. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2002-dez-30/teletrabalho\\_transfronteirico\\_direito\\_brasileiro](http://www.conjur.com.br/2002-dez-30/teletrabalho_transfronteirico_direito_brasileiro)>. Acesso em: 23 nov. 2014.

<sup>8</sup> TST-AIRR-158-21.2012.5.05.0018, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 17/9/2014, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/9/2014.

<sup>9</sup> TST-AIRR-178240-98.2003.5.01.0051, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 27/2/2008, 8ª Turma, Data de Publicação: DJ 29/2/2008.

o trabalho em domicílio e o telessubordinado, percebemos que a mais alta Corte trabalhista ainda exigia - e o julgado já é de 2008, século XXI, distante menos de uma década do momento atual - que se fizesse “um mínimo de presença física”, exigência que, se já não soasse inaceitável em 2008, parece o ser muito mais com o advento da Lei n. 12.551/2011 em diante, diante da previsão expressa dos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio com os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão.

Ocorre que, mesmo com o advento da Lei n. 12.551/2011 e todo esse entendimento preconizado pelo comando legal, deparamo-nos com um segundo problema, esse ainda sem solução da controvérsia.

Por exemplo, tomemos o primeiro julgado do banco de dados do colendo Tribunal Superior do Trabalho a respeito de teletrabalho, ocorrido em 13 de outubro de 2004.<sup>10</sup> Naquela ocasião, a Segunda Turma do colendo Tribunal Superior do Trabalho manteve julgamento do Tribunal local, que estabeleceu as seguintes premissas:

Quanto aos elementos de configuração da relação de emprego, constantes do artigo 3º Consolidado, cabe registrar que vem sendo tratados sob nova ótica a partir das recentes medidas implantadas em prol da tão discutida flexibilização das normas trabalhistas. Nessa linha, a hierarquia e fiscalização rígidas centralizadas na pessoa do empregador são mitigadas no que tange a novas relações surgidas, dentre as quais o chamado “teletrabalho”.

No entanto, o requisito da subordinação jurídica que distingue a relação de emprego das demais, continua a ser fator essencial ao preenchimento dos requisitos traçados no dispositivo legal a que se alude.

[...]

Na hipótese em tela, a subordinação jurídica não restou comprovada pela prova oral produzida; na mesma linha, era a remuneração do obreiro feita na base de horas de trabalho, como ele mesmo noticia na peça vestibular.

Incomprovados os pressupostos configuradores do vínculo de emprego perseguido pelo recorrente, reporto-me aos bem lançados fundamentos do *decisum* de primeiro grau, os quais restam ratificados.

Já aqui, antes do advento da Lei n. 12.551/2011, enfrentávamos a polêmica quanto à “mitigação” do pressuposto da subordinação jurídica, para esse tipo de trabalho, situação que, como veremos, mantém-se até os dias de hoje.

Em 2009<sup>11</sup>, a Oitava Turma do colendo Tribunal Superior do Trabalho chegou a comparar o teletrabalho - e, portanto, adotando o pressuposto mitigado da subordinação jurídica - à figura italiana da parassubordinação e à figura híbrida do representante comercial autônomo na legislação nacional, como se vê:

Sobre a questão da diferenciação do representante comercial autônomo e empregado, mister a transcrição de trecho de artigo de Guilherme Guimarães Feliciano, no seguinte teor: É que não são desconhecidas do mundo do trabalho hipóteses de contratos de trabalho (*lato sensu*) genuinamente híbridos ou genericamente atípicos. Na Itália,

<sup>10</sup> TST-AIRR-812235-02.2001.5.01.5555, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 13/10/2004, 2ª Turma, Data de Publicação: DJ 12/11/2004.

<sup>11</sup> TST-RR-36340-68.2007.5.21.0007, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 19/8/2009, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/8/2009.

conhece-se a figura da parassubordinação, em que há um vínculo contínuo de colaboração sem estrita subordinação (cf. *Legge* n. 2.049/99), com estatuto jurídico misto. É o caso, e.g., do chamado “teletrabalho”, a cujo respeito já polemiza a doutrina nacional. No Brasil, merece referência a L. 4.886/65, que chega a positivizar o hibridismo, estendendo ao representante comercial autônomo figuras típicas da relação de emprego (pré-aviso, indenização por denúncia vazia do contrato, justo motivo para rescisão pelo representado e pelo representante etc. - cf. arts. 34 a 36).

Essa ideia de flexibilidade e de mitigação do pressuposto da subordinação jurídica é mantida em novo julgamento da Oitava Turma, em 2008<sup>12</sup>, que traz uma visão de trabalhador telessubordinado ligado apenas à produção, rompendo conceitos clássicos de hierarquia funcional, como se vê:

Nessa perspectiva, a ideia essencial é a de que, no novo contexto da atividade produtiva da empresa pós-industrial e flexível, torna-se dispensável a ordem direta do empregador, que passa a ordenar apenas a produção, como um todo, em que o controle se faz pelo resultado do trabalho, como ocorre, por exemplo, no teletrabalho. Rompe-se, nessa nova visão do fenômeno da subordinação, com o conceito clássico de hierarquia funcional, pois, nesse ambiente pós-grande indústria, cabe ao trabalhador ali inserido habitualmente apenas “colaborar”.

Assim, me parece que é essa a ideia essencial que se deve ter do fenômeno da subordinação nesse novo modelo de organização empresarial e de produção pós-industrial e flexível, vigente atualmente em praticamente todos os países submetidos ao regime capitalista, inclusive, aqui no Brasil.

A Terceira Turma do colendo Tribunal Superior do Trabalho, no ano de 2011<sup>13</sup> e em momento ainda anterior à Lei n. 12.551/2011, em acórdão relatado pela Excelentíssima Ministra Rosa Weber, hoje ministra do excelso Supremo Tribunal Federal, destacou a evolução do teletrabalho, ao lado de outras figuras jurídicas, como a terceirização e o trabalho em regime de tempo parcial, como uma superação de paradigmas “arcaicos e em superação”:

Dentre as mudanças recentes no modo como se organizam as empresas para produzir bens e serviços - como parte de um amplo movimento de superação de paradigmas arcaicos e emergência de novos paradigmas - a chamada terceirização é, por certo, uma das mais importantes dessas mudanças, ao lado de outras como o teletrabalho e o trabalho a tempo parcial. São mudanças que com certeza afetarão, mais dia menos dia, o próprio direito do trabalho, feito à imagem e semelhança de paradigmas arcaicos e em superação.

A Terceira Turma do colendo Tribunal Superior do Trabalho, em momento posterior, em outubro de 2011<sup>14</sup>, ainda antes do advento da Lei n. 12.551/2011, foi além e chegou a comparar o teletrabalhador a um “alto empregado”, a metaforizar para uma até carregada mitigação do pressuposto da subordinação jurídica, como se vê:

<sup>12</sup> TST-RR-43600-24.2007.5.24.0005, Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento: 13/4/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/4/2011.

<sup>13</sup> TST-AIRR-3103-22.2010.5.08.0000, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber, Data de Julgamento: 25/5/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 3/6/2011.

<sup>14</sup> TST-AIRR-34040-48.2007.5.21.0003, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 11/10/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/10/2011.

Um traço importante a delimitar a seara de aplicação do direito do trabalho, para que se configure o liame, é a subordinação, que, no dizer de Valentim Carrion, é a mais evidente forma de manifestação de sua existência, ensinando o autor mencionado que, em função de tal requisito, é que aflora o poder disciplinar do empregador e que há casos em que tal traço é tênue, como no caso de altos empregados, trabalhador em domicílio e teletrabalho.

Outro julgado da Oitava Turma do colendo Tribunal Superior do Trabalho, já em 2013<sup>15</sup> e após o advento da Lei n. 12.551/2011, manteve esse entendimento de mitigação do pressuposto da subordinação jurídica, conclamando a figura jurídica do teletrabalhador a um “novo formato jurídico”:

Os serviços de teleatendimento comportam ampla utilização nos mais variados segmentos em atividades empresariais, não se podendo ignorar a facilidade da troca de dados em menor tempo, o que é extremamente valioso no mundo globalizado. A crescente utilização de ferramentas de trabalho a distância, ou teletrabalho, mereceu, a propósito, atento olhar do legislador que, conferindo nova redação ao artigo 6º, da CLT, conforme Lei n. 12.551, de 15/12/2011, tornou pacífico o entendimento no qual vem se firmando a jurisprudência acerca da subsistência da subordinação jurídica, em novo formato, a despeito do local, espaço físico no qual executados os serviços: [...].

Em agosto de 2013<sup>16</sup>, a Segunda Turma do colendo Tribunal Superior do Trabalho, em fundamentado acórdão relatado pelo Excelentíssimo Ministro José Roberto Freire Pimenta, faz extensas considerações sobre o sobreaviso, em cotejo com a Súmula n. 428 do TST, e o advento da Lei n. 12.551/2011, e do qual trazemos o seguinte excerto:

No que concerne ao tempo de sobreaviso, *d.m.v.*, tem razão o trabalhador. Até a época da prolação da sentença, prevalecia o entendimento cristalizado na Súmula 428 do TST, que considerava que o uso do celular ou de outros meios telemáticos, fora do horário oficial de trabalho, não induzia o direito ao denominado sobreaviso. A partir, porém, da promulgação da Lei 12.551/2011, que alterou a redação do artigo 6º da CLT, não mais pode prevalecer tal raciocínio. Com efeito, interpretar a Lei 12.551/2011 como um simples *update* de redação, ao argumento de que tal dispositivo legal trata apenas da configuração da relação de emprego a distância - o chamado teletrabalho - nada dispendo a respeito do controle da jornada, é muito pouco. Interpretar dessa forma seria entender que houve um provimento legislativo praticamente inútil, pois a modalidade de emprego a distância sempre existiu, sem maiores controvérsias. Não haveria necessidade de se movimentar o Congresso Nacional para tão pouco. Se existe um princípio hermenêutico de que a lei não contém palavras inúteis, por argumento *a fortiori*, somos obrigados a concluir que com mais razão não se pode conceber uma exegese que pressuponha não apenas palavras inúteis, mas a promulgação de toda uma lei em vão. Nessa mesma linha, entender que a referida lei apenas deixou expressa a possibilidade de configuração de emprego para as formas de teletrabalho tornaria sem sentido o próprio parágrafo único do artigo 6º da CLT, acrescido por ela, porquanto o *caput*

<sup>15</sup> TST-AIRR-1298-68.2012.5.03.0011, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 12/6/2013, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/6/2013.

<sup>16</sup> TST-RR-2809-66.2011.5.03.0131, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 14/8/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/8/2013.

também foi alterado, justamente para incluir o trabalho a distância.

Ainda nesse mesmo sentido de que não existem palavras inócuas na lei, o novo parágrafo único do art. 6º da CLT dispõe justamente a respeito da equiparação do controle telemático aos meios pessoais e diretos. A consequência dessa “equiparação” incide justamente nos mecanismos de comando, controle e supervisão do trabalho subordinado, isto é, trata-se de incidência sobre todos os “efeitos” da relação de emprego, e não apenas sobre os seus fatores constitutivos.

A ementa da Lei 12.551 é inclusive taxativa a respeito, ao esclarecer que o referido dispositivo tem por objetivo, *in verbis*: “equiparar os ‘efeitos’ jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos.” O que não havia era o reconhecimento - jurisprudencial - de que os meios telemáticos e informatizados se equiparavam aos meios pessoais e diretos. Isso é a novidade. E essa novidade é que deve ser ressaltada na interpretação, e não que a Lei 12.551/2011 tenha sido editada para chover no molhado.

Tanto é assim que, reformulando seu entendimento a respeito da matéria, o Col. TST alterou a redação da Súmula 428 mencionada, para dispor, em seu item II, que: “Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.”

Nessa linha de raciocínio, cumpre examinar o caso concreto dos autos. Na presente hipótese, o reclamante alega que recebia determinação da empresa para manter seu celular ligado, após sua jornada de trabalho no ambiente físico da empresa.

A prova dos autos conduz a essa conclusão, pois a testemunha Edvaldo Nolasco Júnior, embora não tenha informação se era determinado ao autor permanecer com o celular ligado, declarou que havia uma relação de telefones do gerente, do encarregado e do autor, para que fossem acionados quando houvesse ocorrência. Agregou ainda que o autor era sempre acionado por morar perto da empresa e conhecer bem os procedimentos em caso de acidente (f. 112). Ora, se o telefone do autor estava relacionado para ser acionado em casos de ocorrência, é força concluir que a empresa determinava que ficasse ele ligado, sob pena de ser inócua a providência.

Assim sendo, dou provimento ao apelo, para deferir ao autor as horas de sobreaviso, equivalentes a um 1/3 da hora normal, durante 8 horas do período da noite e 24 horas dos finais de semana.

Tendo em vista a natureza salarial da parcela, ficam deferidos os respectivos reflexos pleiteados.

Em julho de 2014<sup>17</sup>, a Oitava Turma do colendo Tribunal Superior do Trabalho, afastando o reconhecimento de sobreaviso, reconheceu o direito do trabalhador ao pagamento de horas extraordinárias, porque existente o teletrabalho:

Segundo se infere, o Regional, mediante a análise de fatos e provas, concluiu não ser a hipótese de sobreaviso, já que constatou que o reclamante tinha sua liberdade de locomoção preservada, pois não necessitava permanecer em sua casa, e consignou tratar-se de teletrabalho, porquanto evidenciado pela prova testemunhal que ele permanecia cerca de três horas de seu tempo livre aos finais de semana realizando procedimentos de manutenção do sistema do reclamado. Em razão disso, determinou o pagamento dessas três horas, como extras, com adicional de 100%, garantidos os reflexos legais.

<sup>17</sup> TST-AIRR-268300-58.2008.5.02.0005, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 11/6/2014, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/6/2014.

A Sexta Turma do colendo Tribunal Superior do Trabalho, ao se deparar com uma discussão envolvendo o reconhecimento do vínculo de emprego, em julho de 2014<sup>18</sup>, trouxe escólio da saudosa Desembargadora do Trabalho Alice Monteiro de Barros, referência na doutrina trabalhista nacional:

Em complementação à argumentação supra, impende relembra que o teletrabalho não elimina o contrato de emprego. Isto porque caso seja prestado de forma subordinada nos moldes do art. 6º da CLT ou como autônomo. Ou seja, o que definirá a sua natureza jurídica será a forma como será realizada a prestação de serviços.

Sobre tal questão, vale mencionar a lição de Alice Monteiro de Barros:

“Os elementos caracterizadores da subordinação jurídica capazes de revelar o vínculo empregatício deverão ser examinados em conjunto, para que resultem significativos. São apontados pela doutrina indicadores valiosos da subordinação jurídica, entre os quais: a submissão do teletrabalhador a um programa informático confeccionado pela empresa, que lhe permite dirigir e controlar a atividade do empregado; o fato do credor do trabalho ter a faculdade de escolher e substituir o programa operativo específico, com assunção de riscos; disponibilidade de tempo em favor do empregador, com a obrigação de assistir a reuniões ou cursos de treinamento, sob pena de sanção disciplinar. Outro indicio consiste em ser a empresa proprietária dos equipamentos de produção (computador, linha telefônica, fax, impressora, etc.); percepimento de quantia fixa pelos serviços prestados; assunção de gastos pelo credor do trabalho com água, luz, aluguel, estacionamento, manutenção de equipamentos e outros. A esses indícios acrescente-se a integração do trabalhador na organização empresarial, a qual se manifesta pelo elevado grau de confiança, e participação na vida da empresa, dispondo de crachá, de autorização para chamadas telefônicas externas, código para acesso informativo à empresa, figuração nas listas de distribuição interna de documentos aos diretórios eletrônicos da empresa ou aparecimento de sua representação virtual na página, fatos que não ocorrem com os profissionais que trabalham como sujeitos de um contrato civil ou mercantil.” (Em *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTR, 2009. p. 332.)

A Sexta Turma do colendo Tribunal Superior do Trabalho, em julgamento de agosto de 2014<sup>19</sup>, traz escólio de Gustavo Filipe Barbosa Garcia, no qual o eminente doutrinador trabalha a chamada teoria da subordinação estrutural, nesses termos:

Recentemente, tendo em vista as novas formas de organização do trabalho, parte da doutrina e da jurisprudência vem adotando a chamada teoria da subordinação estrutural, principalmente em questões relacionadas à terceirização e ao trabalho a distância (como o teletrabalho). Nesse enfoque, reconhece-se a subordinação, inerente à relação de emprego, quando o empregado desempenha atividades que se encontram integradas à estrutura e à dinâmica organizacional da empresa, ao seu processo produtivo ou às suas atividades essenciais, não mais se exigindo a subordinação jurídica clássica, em que se verificavam ordens diretamente emanadas do empregador. (*Curso de direito do trabalho*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 147.)

A Sexta Turma do colendo Tribunal Superior do Trabalho, também em agosto de 2014<sup>20</sup>, e citando a doutrina de Gilberto Stürmer e Juliana Hörlle Pereira,

<sup>18</sup> TST-AIRR-2208-35.2010.5.11.0014, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 16/6/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/6/2014.

<sup>19</sup> TST-AIRR-173-46.2012.5.09.0513, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 6/8/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 8/8/2014.

<sup>20</sup> TST-RR-931-15.2010.5.04.0002, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 13/8/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/8/2014.

lança importantes preocupações quanto à limitação da jornada, ao controle (ou descontrole) desta por meios telemáticos e informatizados de comando, à saúde do trabalhador e ao direito à desconexão:

Nessa mesma esteira a doutrina de Gilberto Stürmer e Juliana Hörlle Pereira (Teletrabalho: controle de jornada e ambiente laboral. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre, v. 30, n. 354, p. 07-37, jun./2013), ao defender a necessidade de se impedir que o trabalho nos moldes à distância “converta-se em facilitador de jornadas extenuantes, capazes de aniquilar a vida pessoal do profissional e de ameaçar sua saúde física e psíquica, o que certamente representaria inadmissível retrocesso em ponto especialmente sensível da disciplina do trabalho subordinado.”

Leciona a doutrina referida, ainda, que, reconhecido o trabalhador como titular do direito fundamental à limitação da jornada, é incontornável a necessidade de se adequarem os meios (instrumentos e sistemas de controle de horários) ao fim (preservação da saúde física e psíquica), reforçando tal assertiva o entendimento de que o enquadramento do trabalhador na regra excepcional do art. 62, I, da CLT não pode ser presumido e exige cabal demonstração da inviabilidade da manutenção de controle de jornada por parte do empregador.

Trata-se, portanto, de esclarecimento e atualização quanto ao conteúdo protetivo geral da regra celetista, da década de 1940, à luz das novas tecnologias disponíveis no Século 21, em especial aquelas relacionadas aos meios telemáticos e informatizados de comunicação, comando, controle e supervisão por parte do empregador já reconhecidos pela nova redação dada ao art. 6º da Consolidação e que trata do teletrabalho.

A Sexta Turma do colendo Tribunal Superior do Trabalho, em mais um julgado de agosto de 2014<sup>21</sup>, reforça a visão mitigadora do pressuposto da subordinação jurídica, ocorrendo, mais uma vez, a reflexão sobre a flexibilização e a comparação com a parassubordinação italiana, “[...] na tentativa de explicar uma certa autonomia vista nos novos meios de trabalho vindos com o avanço da tecnologia ou mesmo com a flexibilização”:

Seria um conceito intermediário entre a autonomia e subordinação jurídica, decorrente das tendências flexibilizadoras, mas que não desnatura a relação empregatícia, sendo exemplo o teletrabalho, assim como a contratação de grupo de policiais ou bombeiros, para serviços, respectivamente, de segurança e de socorro em situações de emergência. Nestes últimos casos, é comum a figura de um intermediador, no caso, o Sargento Vieira, contudo, sem haver a desqualificação da relação de emprego para a autônoma, eis que exigido pelos estabelecimentos que o grupo se constitua, habitualmente, pelas mesmas pessoas, ficando restrita a prestação de serviços aos integrantes que o compõem. E, dentro dessa perspectiva, seria plenamente possível que o trabalhador fosse substituído sem maiores problemas em circunstâncias em que não pudesse comparecer ao trabalho, desde que o seja por um dos integrantes do grupo, até mesmo pela natureza específica do labor realizado (segurança).

A Primeira Turma do colendo Tribunal Superior do Trabalho, em julgado de setembro de 2014<sup>22</sup>, traz extensa referência ao direito comparado - incluindo a

<sup>21</sup> TST-AIRR-312-28.2010.5.06.0003, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 20/8/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 5/9/2014.

<sup>22</sup> TST-AIRR-977-14.2011.5.01.0079, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 3/9/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/9/2014.

parassubordinação italiana e outras figuras correlatas de outros países -, além da ideia já exposta de que o teletrabalho se atrela não à figura do empregado e sim à da produção:

A subordinação jurídica é uma síntese de diversos elementos socioeconômicos e que passam pelo conceito de liberdade formal, pela capacidade de organização sociopolítica do trabalho e pelo grau de controle da atividade produtiva pelo empregado, elementos que acabam por estratificar o próprio trabalho.

O novo quadro de acumulação flexível da produção faz ressurgir figuras de trabalhadores que precederam à formação do sistema industrial tradicional execução de uma atividade econômica, pouco importando a sua destinação, necessita sempre de organização do trabalho e de subordinação jurídica dos detentores de liberdade formal, para a consecução dos objetivos empresários, pouco importando o *locus* da execução do trabalho. Afinal, nos albores do capitalismo era o detentor dos insumos, às vezes dos rudimentares teares, e do capital circulante que os levava até o trabalho, impedidos que estavam os seres humanos de abandonar suas paróquias anglicanas, sem a autorização do poder eclesiástico.

O teletrabalho contemporâneo - recentemente disciplinado pelo legislador - sofisticou-se quanto aos instrumentos de comunicação e logística, é fato. Mas definitivamente não é uma *rerum novarum* que veio ao mundo no século XX, juntamente com a indústria da moda. Há uma união mundial. Assim, trabalhadores chineses se unem aos brasileiros e aos indianos. Passam a existir novas figuras jurídicas de trabalhadores na Europa - parasubordinato na Itália; *economically dependent worker* ou *quasi-subordinate worker* na Inglaterra; *arbeitnehmerähnliche Person* na Alemanha; *autônomo dependiente* na Espanha -, ressuscitam a antiga busca de subordinação do capital urbano sobre a mão de obra atrelada à paróquia, impossibilitados de exercer o mando direto, contratavam o trabalho por peça, modo de subsunção formal do trabalho ao capital. Hoje, não sendo mais estratégica a subsunção material (ou subsunção real) em algumas atividades econômicas, enseja-se o referido ressurgimento do trabalhador não diretamente subordinado, quando há em verdade autêntica subsunção formal.

O transbordamento dessas figuras para a regulação desses países por iniciativa legislativa tem como pressuposto a ausência de identidade entre tais fenômenos jurídico-econômicos e o conceito interno de empregado. Com menor ou maior grau de proteção, tais conceituações buscam estender ao trabalho tipificado nesses (supostamente) novos conceitos a proteção social característica dos modelos de *welfare state*.

Todavia, à míngua de regulação própria, a análise dos próprios signos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho do Brasil nos permite sustentar que as significações dos conceitos de empregado e empregador ainda não foram exauridas pelo sistema jurídico nacional, notadamente pela jurisprudência.

Em julgado de setembro de 2014<sup>23</sup>, a Oitava Turma do colendo Tribunal Superior do Trabalho, decidindo em polêmica matéria, asseverou que as horas utilizadas pelo trabalhador em cursos *on-line* disponibilizados pelo empregador seriam contabilizadas como horas extras, tendo em vista que tais cursos são espécies de trabalho efetivo, na modalidade teletrabalho:

De outro lado, o magistrado, ao avaliar as provas, usa uma porção de noções extrajudiciais, fruto de sua cultura, colhidas de seus conhecimentos sociais,

<sup>23</sup> TST-AIRR-158-21.2012.5.05.0018, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 17/9/2014, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/9/2014.

científicos, comerciais, artísticos ou práticos. São juízos empíricos da vida, no dizer de GOLDSHMIDT. Fatos que ordinariamente acontecem nas lides, a respeito dos quais ele já está familiarizado. Esses conhecimentos fazem parte da *communis opinio*, são as chamadas máximas de experiência - como bem ensina MOACYR AMARAL SANTOS -, com as quais devem ser valoradas as provas.

De outro lado, o princípio da razoabilidade ou da racionalidade deriva da observação de que o homem, geralmente falando, atua seguindo os ditames da razão. Este preceito "...consiste na afirmação essencial - ensina AMÉRICO PLÁ RODRIGUEZ - de que o ser humano, em suas relações trabalhistas, procede e deve proceder conforme à razão." 6 ALFREDO J. RUPRECHT complementa:

Por seu intermédio se estabelece que o ser humano, em suas relações de trabalho, deve proceder de modo inteiramente racional. [...] Seu fundamento é que o comportamento das partes da relação laboral é o comportamento de um homem comum agindo normalmente. Por seu turno, professa NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA: "Se o ordinário se presume, o extraordinário se prova." Na mesma linha, LAPLACE disse que a probabilidade do erro e da mentira é tanto maior quanto mais extraordinário é o fato testificado.

De tal arte, não é crível que uma empresa, cujo objetivo principal é o lucro, invista na criação de cursos a distância destinados aos seus empregados que não tenham nenhuma utilidade prática para o seu empreendimento.

Por sua vez, se o empregador não apenas oferece cursos a distância com temas relacionados ao objeto da empresa, mas impõe - de forma expressa ou velada - que os trabalhadores a eles se submetam, é evidente que aí se trata de uma modalidade de teletrabalho. Haja vista que a qualificação obtida nos cursos reverte em maior produtividade à empresa. Além disso, mesmo quando a cobrança seja indireta e o horário flexível, o temor reverencial coage o trabalhador a se submeter ao telecurso. Considerando que este pode ser um diferencial em seu currículo, cuja ausência represente a perda de uma chance de ascensão profissional ou mesmo maior vulnerabilidade diante de eventual política de corte de funcionários.

Na doutrina, por sua vez, longe de um ponto de convergência, temos extenso conteúdo divergente. A título exemplificativo, extraímos posicionamentos publicados sobre teletrabalho na Revista Eletrônica do egrégio Tribunal Regional do Trabalho do Paraná - publicação temática sobre o assunto -, ressaltando que tal publicação é de setembro de 2014, portanto, forjada em momento atual.

José Affonso Dallegre Neto<sup>24</sup> diz que "[...] tais pressupostos se mitigaram, sobretudo pela mudança do paradigma da produção, antes rígida (fordismo), agora flexível (toyotismo) [...]", questionando-nos se os requisitos da relação de emprego, tradicionalmente consagrados na sociedade industrial, "[...] dão conta das novas figuras exurgidas na atual sociedade pós-industrial."

Sérgio Pinto Martins<sup>25</sup> afirma que, no teletrabalho, a subordinação é mitigada e, em alguns casos, poderá verificar-se mais autonomia do que subordinação, "[...] na medida em que as ordens ficam diluídas."

Manuel Martín Pino Estrada<sup>26</sup>, por sua vez, faz densa crítica sobre entendimentos que seguiram essa linha, ao dizer que a subordinação no teletrabalho

<sup>24</sup> DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Ob. cit., p. 11.

<sup>25</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. Trabalho à distância. *Revista Trabalho & Doutrina*, n. 24, março de 2000.

<sup>26</sup> ESTRADA, Manuel Martín Pino. Teletrabalho e direito..., p. 11.

não é mitigada, “[...] pois não é possível que esta ideia ainda seja manifestada, afinal, já existem programas de computador que fiscalizam o trabalhador a distância e com uma eficiência que não se compara com a fiscalização física [...]”, podendo, inclusive,

[...] ser feita quando o empregador está dormindo, descansando ou viajando, para depois entrar no sistema e ver qual foi o teletrabalhador mais produtivo, por quantas horas trabalhou, por quantas vezes colocou o dedo no teclado, por onde navegou na *internet* e ter até os nomes dos clientes que entrou em contato, incluindo o horário, dentre outros dispositivos cada vez mais modernos e aperfeiçoando o controle pelo empregador e que, em muitos casos, já são possíveis descarregá-los virtualmente da computação em nuvem ou *cloud computing*.

Conclui o ilustre doutorando em Direito que, “[...] com as novas tecnologias, a telessubordinação ou subordinação a distância é mais eficiente que a física.”

Caroline Maria Rudek Wojtecki e Márcia Kazenoh Bruginski<sup>27</sup> entendem que a mitigação do pressuposto da subordinação jurídica é prejudicial ao trabalhador, na medida em que, de todas as formas que se possam prestar trabalho em domicílio, como os trabalhadores manuais que não necessariamente se utilizam dos meios de comunicação a distância,

[...] é o teletrabalho que tem provocado grandes dúvidas a respeito de sua adaptação ao Direito do Trabalho, na medida em que o fator distância e o uso da telemática podem mitigar ou ocultar o elemento subordinação, consequentemente retirando-lhe benefícios sociais garantidos por lei.

Glória Rebelo<sup>28</sup> concorda com Manuel Estrada ao dizer que a subordinação jurídica não fica mitigada no teletrabalho, pois, “[...] com a utilização de instrumentos informáticos, muitos teletrabalhadores ficam mais dependentes dos empregadores, e em consequência sujeitos a um mais ‘apertado’ poder de direção - do que se estivessem no local da empresa.”

Ana Paula Pavelski<sup>29</sup> segue a linha defendida pela mitigação do pressuposto, ao dizer que a personalidade do empregado, a marca *intuitu personae* dessa prestação laborativa, característica dos contratos de trabalho, é mitigada pela possibilidade dos meios de comunicação e de trabalho a distância, como o teletrabalho, “[...] em que o núcleo familiar do trabalhador ajuda nas tarefas, dependendo do local onde as mesmas se realizam.”

Igual linha é seguida por Silvia Regina Bandeira Dutra e Marco Antônio César Villatore<sup>30</sup>, para quem, no teletrabalho, mesmo executado à longa distância do

<sup>27</sup> WOJTECKI, Caroline Maria Rudek; BRUGINSKI, Márcia Kazenoh. A redefinição da subordinação jurídica no teletrabalho. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, setembro, v. 3, n. 33, 2014. p. 64.

<sup>28</sup> REBELO, Glória. *Teletrabalho e privacidade*: contributos e desafios para o direito do trabalho. Lisboa: Editora RH, 2004.

<sup>29</sup> PAVELSKI, Ana Paula. *Os direitos da personalidade do empregado*. Curitiba: Juruá, 2009.

<sup>30</sup> DUTRA, Silvia Regina Bandeira; VILLATORE, Marco Antônio César. Teletrabalho e o direito à desconexão. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, setembro, v. 3, n. 33, 2014. p. 143.

empregador, a subordinação encontra-se na relação, embora de forma mitigada, atenuada, “[...] vez que incide sobre o serviço, sobre o trabalho e não sobre a pessoa.”

## CONCLUSÃO

Feito o introito e trazidos alguns conceitos sobre teletrabalho, partimos para a análise da jurisprudência do colendo Tribunal Superior do Trabalho a respeito do tema, com base no seu banco de dados, no que encontramos 73 julgados, os quais, em algum momento, fizeram referência ao verbete “teletrabalho”.

Já de início, podemos observar a importância da Lei n. 12.551/2011 em matéria de teletrabalho: ainda que o Judiciário trabalhista já fizesse o emprego da analogia entre o trabalho em domicílio e o telessubordinado, pela redação originária do artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho, que é de 1943, vimos que o próprio colendo Tribunal Superior do Trabalho - a quem compete a uniformização da jurisprudência trabalhista nacional - ainda ratificava decisões regionais para o reconhecimento do teletrabalho - e veja-se que não falamos em revisão de fatos e provas, como diz a Súmula n. 126 do TST, essa é uma questão de interpretação do direito - de “um mínimo de presença física”.

A partir do advento da Lei n. 12.551/2011, tal discussão já se encontra definitivamente superada, diante da previsão expressa entre os meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio com os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão.

Entretanto, existe um óbice ao correto desenvolvimento do tema: a questão da “mitigação” do pressuposto da subordinação jurídica, que não tem ainda uma definição consolidada na doutrina e, principalmente, na jurisprudência.

Sabemos que o pressuposto da subordinação jurídica equivale ao poder empregatício - inerente ao empregador - e, como tal, divide-se em subpoderes, como o poder diretivo, de dar ordens e dirigir o empreendimento; o poder regulamentar, de criar normas aplicáveis às partes, de cunho obrigatório, como os regulamentos das empresas; o poder fiscalizatório, de fiscalizar o empregado na consecução das atividades para as quais foi contratado; e, finalmente, o poder punitivo, que permite a aplicação das penalidades de advertência escrita e verbal, suspensão e dispensa por justa causa do trabalhador.

Em matéria de teletrabalho e na discussão sobre a mitigação do pressuposto da subordinação jurídica, embora também seja relevante como se comporta o poder diretivo, é mais sensível à discussão o poder fiscalizatório, pois, a rigor, empregador e empregado não estão no mesmo espaço físico, rompendo-se com o clássico formato para o qual foi pensado o Direito do Trabalho.

Assim, imaginemos uma pessoa contratada por uma empresa em regime de teletrabalho. Como efetuar o efetivo controle dessa jornada? A rigor, se pensarmos que existe essa “flexibilidade” no pressuposto da subordinação jurídica (e o colendo Tribunal Superior do Trabalho já chegou até a comparar o teletrabalho com a parassubordinação italiana...), se existe um foco não no trabalhador, mas no resultado, dispensam-se esses controles mais acentuados da jornada, o que nega ao empregado limitação de jornada, direito à desconexão, direito ao repouso e aos intervalos legais, pagamento de horas extras etc.

Por outro lado, se formos muito “rigorosos”, mesmo sabendo que, ordinariamente, quem está submetido ao teletrabalho não passa das 24 horas do dia trabalhando, descontado, por óbvio, o tempo do sono, chegamos a decisões exageradas - e que já vimos na prática, inclusive -, que concluem pela existência de jornadas próximas das 24 horas do dia e ainda consideram o período do sono do trabalhador como um “sobreaviso”.

Lembramos, a título de comparação (visto que não se trata da mesma temática, muito embora sejam situações semelhantes pela ausência física do empregador, via de regra, no desenvolvimento das tarefas pelo empregado), que essa situação já é vista também nos vínculos domésticos, que já tiveram decisões judiciais no sentido de considerar o tempo que uma babá dorme ao lado da criança como um “sobreaviso” ou, até, efetiva prática de horas extras.

E quando falamos do que “ordinariamente acontece”, sempre é bom lembrar a aplicação do artigo 852-D da Consolidação das Leis do Trabalho e do artigo 335 do Código de Processo Civil, que dizem:

Art. 852-D. O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

O pressuposto da subordinação jurídica deve ser mitigado? É cabível a exigência de absoluto controle da jornada de trabalho? Se sim, como colocar isso em prática? É certo que exige tecnologia favorável a isso, mas todas as empresas teriam condições de dispor de tecnologias tão avançadas? E se estivermos a tratar de pequenas empresas? O raciocínio seria o mesmo?

Se mitigado o pressuposto da subordinação jurídica, o trabalho a distância pode ser considerado trabalho externo, incompatível com a fixação de horário de trabalho, e, com isso, sem estar abrangido pelo capítulo II do título II da Consolidação das Leis do Trabalho, que trata da duração do trabalho? E havendo controle da jornada, é correto dizer que o tempo que o trabalhador não está “logado” é período à disposição do empregador, à luz do artigo 4º da Consolidação das Leis do Trabalho? Se não, no tocante a esse “tempo à disposição”, quando poderíamos ou não considerá-lo?

E já que a cabeça do artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho diz que não há distinção entre o trabalho realizado dentro da empresa, aquele executado em domicílio e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego, seria correto dizer que, ao empregador que efetivamente utiliza meios telemáticos e informatizados de comando e supervisão - sendo uma regra trazida no parágrafo, subordinado à cabeça do artigo -, a aplicação da lei deveria ser mais severa? Por que seria diferente, então, o entendimento para o trabalho em domicílio, visto que a cabeça do artigo não faz qualquer diferença?

E em relação à Súmula n. 428 do TST, tal enunciado ainda se mantém, tendo em vista a realidade social em que vivemos?

São muitos os questionamentos práticos.

Temos, por exemplo, um plano piloto na Justiça do Trabalho, que é a Resolução n. 109/2012 do colendo Conselho Superior da Justiça do Trabalho, que “[...] dispõe sobre a realização de teletrabalho, a título de experiência, no âmbito da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo graus.”

Citamos o artigo 13 da citada Resolução, incisos I a III, nesses termos:

Art. 13. São deveres dos servidores autorizados a realizar o teletrabalho:

I - atender às convocações do Órgão para comparecimento às suas dependências sempre que houver interesse da Administração;

II - manter telefones de contato permanentemente atualizados e ativos;

III - consultar diariamente a sua caixa postal individual de correio eletrônico institucional;

Desconsiderando o fato de que o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais garante aos seus servidores o pagamento de horas extras, remuneradas a 50%, e a limitação da prática destas a apenas duas horas diárias, tal qual a Consolidação das Leis do Trabalho (artigos 61, inciso V, e 73 e 74 da Lei n. 8.112/1990), imaginemos essa realidade prática em um contrato de trabalho celetista, que é o objeto do nosso estudo.

Essa disponibilidade para “qualquer atendimento” a convocações, manter telefones “permanentemente ativos” e “consultar diariamente” o correio eletrônico certamente teria grandes implicações na esfera patrimonial do empregador e na imaterial do empregado, porque teríamos desrespeito ao direito do empregado à desconexão, eventual reconhecimento exagerado de horas extras e de tempo em sobreaviso.

Em verdade, em que pese a alteração do artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei n. 12.551/2011, melhor seria que a lei fosse mais detalhista e específica e, preferencialmente, que houvesse lei específica para o caso do teletrabalho, considerando as infinitas possibilidades que surgem da utilização da tecnologia informática, que torna a hipótese bastante diferenciada das demais (que o digam o processo judicial físico e o processo judicial eletrônico).

Pensamos que se equivocou a Lei n. 12.551/2011 ao manter equivalência, na cabeça do artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho, entre os trabalhos prestados de forma pessoal, em domicílio e a distância, passando a prever a utilização de tecnologia apenas no parágrafo único, o que o deixa, em termos, sem muita utilidade prática para a solução da controvérsia, tendo em vista que a regra do parágrafo único necessariamente se atrela à inteligência da cabeça do artigo.

Dito isso, e no atual cenário do teletrabalho no Brasil, não só em relação à legislação (artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho), mas também diante da doutrina e, principalmente, da jurisprudência, melhor será se as partes estabelecerem o mais esmiuçadamente possível a utilização de meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão, pela empresa, para o comando, controle e supervisão do trabalho do empregado, preferencialmente com a utilização de contrato escrito e anotação em CTPS, conforme artigo 29 da Consolidação das Leis do Trabalho, que determina a anotação em carteira das condições especiais presentes no contrato de trabalho.

Essa opção seria viável, inclusive, àqueles contratos de trabalho em que se pretende a utilização do teletrabalho, mas não se dispõe de técnica ou capital suficiente para a utilização de tecnologia de ponta e de orientação informática nesse sentido. Outra opção seria a adoção não do critério tempo, para a remuneração, mas do critério tarefa ou produção, como bem autoriza o artigo 78 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Por outro lado, ainda em relação ao atual cenário do teletrabalho no Brasil, embora, a rigor, não devesse existir “mitigação” do pressuposto da subordinação jurídica no teletrabalho, mormente porque existem meios capazes de fazer esse controle a contento, o próprio artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho, ao dispor sobre teletrabalho, permitiu a mitigação do pressuposto em comento.

Isso porque, como já exposto à exaustão, a cabeça do artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho não faz distinção - ao revés, é expressa em dizer que não há distinção - entre o trabalho realizado dentro da empresa, aquele executado em domicílio e o realizado a distância. E a utilização de meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão, por ser regra inserta no parágrafo único, deve estar subordinada ao *caput*.

Dessa forma, a interpretação mais adequada do artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho é no sentido de que, na ocorrência do teletrabalho, o magistrado deverá perquirir, primeiramente, se houve algum ajuste com relação à jornada e se são exigidos do empregado horários certos ou tão somente a produção de conteúdo, como o envio de relatórios e outras situações do gênero.

Se são exigidos horários certos, existe o devido controle da jornada, devendo, então, o juiz reconhecer-lo, limitando a jornada a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais (inciso XIII do artigo 7º da Constituição Federal), se não houver disposição em sentido diverso (ou prova nesse sentido) mais benéfica ao trabalhador, e reconhecer o trabalho efetuado em sobrejornada como extraordinário.

A utilização de meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão pela empresa pode auxiliar o magistrado a chegar a essa conclusão, na colheita da prova, de que o empregador exigia do empregado uma jornada controlada e pontuada, com apresentação de trabalho em momentos determinados.

Se não restar comprovada a exigência desse controle da jornada, parece correta a visão de que esse trabalhador telessubordinado está ligado apenas à produção.

Por fim, em relação à Súmula n. 428 do TST, temos o seguinte: tratara-se da conversão da Orientação Jurisprudencial n. 49 da SDI-I, consoante Resolução n. 174/2011 do colendo Tribunal Superior do Trabalho, e cuja redação originária era a seguinte:

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

Em 14 de setembro de 2012, no evento denominado “II Semana do TST”, do qual tivemos a honra de participar e, com estudo individual, levar ao cancelamento/alteração de três súmulas<sup>31</sup>, o colendo Tribunal Superior do

<sup>31</sup> Súmulas n. 124, 343 e 431 do TST.

Trabalho decidiu alterar a Súmula n. 428, consoante Resolução n. 158/2012, passando o enunciado a ter a seguinte redação:

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

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

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

O antigo enunciado se tornou o item I, tendo sido acrescentado o item II. Adequou-se a expressão “aparelho de intercomunicação, a exemplo de BIP, *pager* ou aparelho celular”, para a correta definição do parágrafo único do artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho, ou seja, “instrumentos telemáticos ou informatizados”.

Veja-se que o colendo Tribunal Superior do Trabalho parece seguir a linha de raciocínio que defendemos, pois tais instrumentos, “por si só, não caracterizam o regime de sobreaviso”, ou seja, adota a mitigação do pressuposto da subordinação jurídica, tendo em vista que, não ficando provado que havia controle de jornada, adota-se a visão de que o trabalhador telessubordinado está ligado apenas à produção.

Entretanto, o item II, incluído com a alteração promovida em 2012, diz que é considerado em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

Veja-se que, mais uma vez, nossa visão parece coincidir com a consagrada no âmbito do colendo Tribunal Superior do Trabalho, ou seja, se são exigidos horários certos, existe o devido controle da jornada. Aqui, uma ressalva: se restar provado que o empregado permanece em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso, trata-se de sobreaviso; porém, se se tratar da hipótese de trabalho em sobrejornada, excedente da jornada ordinária pactuada, trata-se de autênticas horas extraordinárias.