

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

ANDRÉ BONO

O TELETRABALHO EM HOME OFFICE SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO
FUNDAMENTAL DA PRIVACIDADE DO TRABALHADOR

CRICIÚMA

2022

ANDRÉ BONO

**O TELETRABALHO EM HOME OFFICE SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO
FUNDAMENTAL DA PRIVACIDADE DO TRABALHADOR**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Goldschmidt.

CRICIÚMA

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

B719t Bono, André.

O teletrabalho em *home office* sob a perspectiva do direito fundamental da privacidade do trabalhador / André Bono. - 2022.

185 p. : il.

Dissertação (Mestrado) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Programa de Pós-Graduação em Direito, Criciúma, 2022.

Orientação: Rodrigo Goldschmidt.

1. Teletrabalho. 2. Direitos fundamentais. 3. Direito à privacidade. 4. Direito da personalidade. 5. Relação de trabalho. I. Título.

CDD 23. ed. 341.27

Bibliotecária Eliziane de Lucca Alosilla - CRB 14/1101
Biblioteca Central Prof. Eurico Back - UNESC

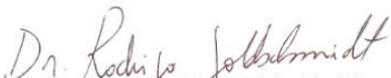
ANDRÉ BONO

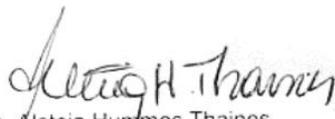
**“O TELETRABALHO EM *HOME OFFICE* SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO
FUNDAMENTAL DA PRIVACIDADE DO TRABALHADOR”**

Esta dissertação foi julgada e aprovada para obtenção do Grau de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense.

Criciúma, 13 de julho de 2022

BANCA EXAMINADORA


Prof. Dr. Rodrigo Goldschmidt
(Presidente e Orientador(a) - PPGD/UNESC)


Prof.ª Dra. Aleteia Hummes Thaines
(Membro externo - FACCAT)


Prof. Dr. Ydvan de Oliveira May
(Membro - PPGD/UNESC)


Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer
Coordenador do PPGD

Dedico este trabalho à minha companheira Vanderlea Albani e ao professor Dr. Rodrigo Goldschmidt, pelo incansável apoio.

RESUMO

A privacidade do teletrabalhador em *home office* está inserida dentro dos direitos da personalidade, erigida como direito fundamental sob o manto da dignidade da pessoa humana. Por tratar-se de características e atributos da pessoa humana, tem irradiação imediata no contrato de trabalho, podendo ser exercido ou reclamado durante uma relação de trabalho. Nesse contexto, quais os limites e as restrições do exercício do Teletrabalho em *home office* a serem observados pelo empregador de modo a não violar o direito fundamental à privacidade do trabalhador? Visando responder esse problema de pesquisa, primeiramente examina-se a teoria dos direitos fundamentais, acerca dos seus aspectos conceituais, dimensões e eficácia, bem como especialmente sua eficácia nas relações de emprego. Num segundo momento, faz-se uma análise crítica dos diversos marcos normativos sobre teletrabalho em *home office* na legislação brasileira, como também trata-se do seu conceito, características, obrigações, vantagens e desvantagens. Ao final, busca-se defender que, independentemente dos avanços tecnológicos, ferramentas de trabalho ou modalidades de trabalho, os direitos fundamentais inespecíficos, por se tratarem de direitos vinculados a pessoa humana, devem ser respeitados, devendo ser estabelecidos limites no teletrabalho em *home office* a fim de preservar o direito fundamental à privacidade do trabalhador. Concluiu-se que deve-se buscar a utilização de métodos de controle menos invasivos, assim como a utilização de qualquer método de controle não poderá ocorrer de maneira oculta e sem o conhecimento prévio do trabalhador. Que todo e qualquer recolhimento de dados e informações pelo empregador deve-se ater à relação de emprego, não podendo invadir a intimidade e vida privada do trabalhador e que os dados e informações armazenados ou recolhidos não podem ocorrer por prazo indefinido. Além disso, que o empregador jamais poderá ceder ou dispor para terceiros dados ou informações colhidos dos trabalhadores e que o empregador deverá obedecer às diretrizes dos direitos fundamentais sociais trabalhistas elencados na Constituição Federal. O método utilizado neste trabalho é o dedutivo, cuja técnica de pesquisa é documental e bibliográfica, materializada na pesquisa de doutrina, jurisprudência e legislação.

Palavras-chave: teletrabalho em *home office*; direito fundamental à privacidade do trabalhador; limites; poder empregatício; direitos da personalidade.

ABSTRACT

The privacy of the teleworker in a home office is inserted within the rights of the personality, erected as a fundamental right under the mantle of the dignity of the human person. As these are characteristics and attributes of the human person, it has an immediate effect on the employment contract, and can be exercised or claimed during an employment relationship. In this context, what are the limits and restrictions of the exercise of telework at home office to be observed by the employer so as not to violate the worker's fundamental right to privacy? In order to answer this research problem, firstly, the theory of fundamental rights is examined, regarding its conceptual aspects, dimensions and effectiveness, as well as especially its effectiveness in employment relationships. In a second moment, a critical analysis is made of the various regulatory frameworks on teleworking from home in Brazilian legislation, as well as its concept, characteristics, obligations, advantages and disadvantages. In the end, it seeks to defend that, regardless of technological advances, work tools or work modalities, non-specific fundamental rights must be respected, once they are rights linked to the human person, and limits should be established on teleworking at home office in order to preserve the worker's fundamental right to privacy. It was concluded that the use of less invasive control methods should be sought, as well as that the use of any control method cannot occur in a hidden way and without the worker's prior knowledge. That every collection of data and information by the employer must adhere to the employment relationship, not being able to invade the privacy and private life of the worker and that the data and information stored or collected cannot occur for an indefinite period. Furthermore, that the employer may never assign or dispose of data or information collected from workers to third parties and that the employer must comply with the guidelines of fundamental social labor rights listed in the Federal Constitution. The method used in this work is the deductive one, whose research technique is documental and bibliographical, materialized in the research of doctrine, jurisprudence and legislation.

Keywords: telework at home office; worker's fundamental right to privacy; Limits; employment power; personality rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÃO DE TRABALHO	10
2.1 ASPECTOS CONCEITUAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	10
2.2 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
2.3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	23
2.4 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS	29
2.5 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO	35
3 O REGIME JURÍDICO DO TELETRABALHO	45
3.1 O REGIME DE TELETRABALHO NO ÂMBITO DA CLT	46
3.2 O TELETRABALHO À LUZ DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 927 DE 22/03/2020.....	59
3.3 TELETRABALHO À LUZ DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.046 DE 27/04/2021.....	70
3.4 OS CONCEITOS SOBRE TELETRABALHO	79
3.5 CARACTERÍSTICAS DO TELETRABALHO	85
3.6 AS OBRIGAÇÕES DO EMPREGADOR E DO EMPREGADO NO TELETRABALHO	90
3.7 VANTAGENS E DESVANTAGENS DO TELETRABALHO.....	109
3.7.1 Vantagens e desvantagens para o empregador.....	110
3.7.2 Vantagens e desvantagens para o empregado.....	114
4 O TELETRABALHO EM <i>HOME OFFICE</i>.....	122
4.1 O TELETRABALHO EM <i>HOME OFFICE</i> E O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE DO TRABALHADOR	129
4.2 MECANISMOS DE CONTROLE NO TELETRABALHO PERANTE A PRIVACIDADE DO TRABALHADOR	140
4.3 RISCOS E LIMITES DO TELETRABALHO EM <i>HOME OFFICE</i>	152
5 CONCLUSÃO.....	170
REFERÊNCIAS	174

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da civilização humana ao longo dos tempos, onde o modelo econômico estava inicialmente escorado na atividade agrícola, transformada e modificada pela atividade industrial, desaguou na era da informação, designada por boa parte da doutrina como a Terceira Revolução Industrial.

Sob esta perspectiva, o avanço das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC), através de *smartphones*, *tablets*, *notebooks*, entre outros instrumentos telemáticos, modificaram diversos âmbitos sociais, dentre eles, o laboral.

O surgimento de novas gerações, cada vez mais interativas e ligadas à informática, fez atrair uma nova ordem social e, conseqüentemente, novos tipos de relação de trabalho.

Dentre as várias relações de trabalho que surgiram intermediadas pela tecnologia de informação e comunicação, nesta pesquisa será abordado sobre o regime de teletrabalho em *home office*. O trabalho a domicílio, nesse contexto, deixa de ser modalidade condenada ao desaparecimento para se tornar uma nova estratégia de organização do trabalho.

Ressurge o trabalho a domicílio sob nova roupagem: o teletrabalho. A telecomunicação e a informática passam a influenciar as novas relações de trabalho e propiciam que o teletrabalho se desenvolva em qualquer lugar, em especial no domicílio do teletrabalhador.

O teletrabalho, também conhecido como trabalho remoto ou *home office*, advém da globalização, do avanço das tecnologias de informação e da conseqüente necessidade de adaptação, tanto do empregado quanto do empregador, às novas formas de organização produtiva mercantil.

Esta tendência, que surgiu nos Estados Unidos, começou a ganhar destaque no Brasil, sendo estimulada no período pandêmico, onde troca-se a condição de trabalhar na sede de uma empresa pelo trabalho desenvolvido na residência do teletrabalhador.

O crescimento do escritório em casa (*home office*) demonstra que, longe de ser um modismo como alternativa de trabalho flexível, tornou-se um modo de vida, que no Brasil já envolve organizações públicas e privadas. Nestes termos, as novas possibilidades profissionais do *home office* enquadram-se em um conceito considerado novo e se apresentam como uma alternativa criativa para transformar e incentivar o mercado de trabalho, ao se buscar uma combinação confortável de estilo de vida e realidade econômica no país.

O regime de teletrabalho em *home office* gravita em torno da busca de qualidade de vida, da administração de tempo e eficácia empresarial. As pessoas estão constatando a duras

penas que o tempo é um dos bens mais preciosos, um tesouro a ser preservado. O tempo que se dedica a si mesmo, aos relacionamentos, à sociedade, acaba dependendo do tempo consagrado ao trabalho e este será uma atividade prazerosa ou desagradável, dependendo do significado pessoal que cada um atribui ao tempo alocado ao trabalho.

Por outro lado, os atuais instrumentos tecnológicos vêm ganhando cada vez mais espaço em todas as categorias profissionais, sendo utilizado como ferramenta de trabalho e simultaneamente como mecanismo de controle, potencializando os riscos aos direitos de personalidade do trabalhador, em especial a privacidade no teletrabalho em *home office*.

Nessa linha, o problema de pesquisa a ser respondido com a presente pesquisa é: quais os limites e as restrições do exercício do Teletrabalho em *home office* a serem observados pelo empregador de modo a não violar o direito fundamental à privacidade do trabalhador?

Esta modalidade de trabalho diferenciada, onde existe maior flexibilidade e autonomia quanto à administração do tempo, seja com relação à “hora de trabalho” e “hora de descanso” apresenta como primeira dificuldade o momento em que o empregador poderia exercer seu poder diretivo empresarial, a fim de verificar o desenvolvimento das atividades laborativas, considerando a não existência de jornada de trabalho preestabelecida.

A segunda dificuldade refere-se ao conflito desta modalidade de trabalho e a intromissão do empregador, mesmo à distância, com a utilização de recursos tecnológicos no ambiente familiar, visto que o espaço empresarial passa a ser virtual, onde o desempenho do labor ocorre no ambiente doméstico do teletrabalhador.

A terceira dificuldade diz respeito ao fato da legislação não acompanhar a velocidade e o desenvolvimento da tecnologia, através das modificações das relações sociais e culturais, repercutindo em todas as esferas do direito, em especial no direito do trabalho.

Todas estas dificuldades acabam por trazer uma série de conflitos e potenciais violações a vários direitos fundamentais específicos e inespecíficos do teletrabalhador.

Neste particular, o que se constata na prática é a necessidade de reafirmação, no regime de teletrabalho em *home office*, de toda estrutura normativa constitucional e infraconstitucional de proteção das relações trabalhistas, em especial os relativos a personalidade do trabalhador.

Neste contexto, torna-se imprescindível nesta modalidade de trabalho fixar limites ao poder empregatício do empregador, a fim de assegurar e preservar a dignidade da pessoa humana do teletrabalhador, até mesmo porque o legislador constituinte estabeleceu uma série de limites mínimos.

No presente trabalho pretende-se analisar, no âmbito do teletrabalho em *home office*, os riscos e limites à privacidade do trabalhador. Para isso, utilizar-se-á o método dedutivo,

partindo das teorias dos direitos fundamentais e dos marcos normativos brasileiros sobre o assunto, através da técnica de pesquisa documental e bibliográfica, com a coleta de doutrina nacional e estrangeira, jurisprudência, legislação brasileira, dissertações, artigos científicos para, com esse aparato, focar na temática do regime de teletrabalho em *home office* e a proteção dos direitos da personalidade, em especial a privacidade, do teletrabalhador.

Nesse afã, no primeiro capítulo estudar-se-á a teoria dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, com o exame da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de emprego. No segundo capítulo, tratar-se-á dos diversos regimes jurídicos sobre teletrabalho na legislação brasileira, abordando-se de maneira mais detalhada sobre seu conceito, características, obrigações, vantagens e desvantagens. No terceiro capítulo, pretende-se defender a necessidade de limites ao poder empregatício de empregador no âmbito do teletrabalho em *home office* frente ao direito de privacidade do teletrabalhador

Levando em consideração a relevância social e atualidade do tema, faz-se necessário o aprofundamento e reflexões sob a perspectiva dos limites fixados pelos direitos fundamentais a serem observados pelo teletrabalho em *home office*, com o escopo de contribuir para aprimoramento desta nova modalidade de trabalho. A presente pesquisa vincula-se à linha de pesquisa Direito, Sociedade e Estado, do Programa de Mestrado em Direito da UNESC.

Ainda, o estudo em pauta vincula-se à linha de pesquisa do Grupo de Pesquisa – DIREITO DO TRABALHO UNESC - NUPED-DT, que tem como orientador o Professor Dr. Rodrigo Goldschmidt, cujo o objetivo é promover o debate e reflexões sobre vários temas vinculados a políticas públicas, direitos fundamentais, direito do trabalho e direitos da personalidade do trabalhador.

2 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÃO DE TRABALHO

A melhoria nas condições de trabalho são o resultado da luta e avanço das conquistas sociais ao longo dos tempos, reconhecido como direito fundamental no início do século XIX, com as Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919), já no Brasil passou a integrar o ordenamento jurídico com a Constituição de 1988, onde assegurou posição de centralidade ao princípio da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental ao trabalho.

Dessa forma, diante da importância da definição e estruturação dos direitos fundamentais, neste capítulo será abordado sobre os diversos aspectos conceituais desses direitos e suas dimensões, além de se realizar um apanhado teórico acerca da eficácia dos direitos fundamentais, tanto nas relações privadas, quanto nas relações de emprego.

2.1 ASPECTOS CONCEITUAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais têm em sua origem os direitos humanos que em decorrência de uma série de fatos e acontecimentos históricos, são fruto de mudanças sociais, culturais e de paradigmas.

Dentre vários, acontecimentos históricos, destaca-se a Inglaterra, em 1689, que contribuiu com a Declaração de Direitos, o *Bill of Rights*; os Estados Unidos fizeram a Declaração de Virginia, em 12 de junho de 1776; e a França, com a Revolução de 1789, marcou definitivamente os caminhos da humanidade com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, pondo fim ao antigo regime e pautando a sociedade na busca de métodos mais racionais para criação e aplicação da lei, preservando um núcleo de direitos naturais. A liberdade passou a ser reconhecida como um direito imanente ao ser humano, que trazia do nascimento, bem como direito à igualdade, à propriedade, à segurança e a resistência à opressão, impondo aos governantes a submissão às regras jurídicas (OLIVEIRA, 2008).

Para Andrade (1983, p. 27), pretendendo lançar os fundamentos de uma nova ordem social, a França revolucionária produziu, em nome da Razão Universal, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em que afirmava solenemente que qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos fundamentais e nem estabelecida a separação dos poderes não tem constituição (artigo 16°).

Portanto, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional francesa em agosto de 1789, foi um marco histórico decisivo e importante

na evolução dos direitos fundamentais, pois marcou o fim de uma era e o início de outra. Em seguida, intensos debates se promoveram, surgindo nesse momento histórico uma consciência política em torno da necessidade de preservação dos direitos humanos, tendo o tema assumido novas proporções a partir dessas incipientes discussões, suscitando um olhar mais atento de alguns filósofos e crítico de outros (ARAÚJO, 2017, p. 15).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1948 é também um marco histórico em relação aos direitos fundamentais, já que o fundamento dos direitos humanos está enunciado nessa carta, que representa certo consenso acerca dos direitos mínimos inerentes aos seres humanos, para que possam viver com um núcleo mínimo de direitos fundamentais e, assim, possam, todos, dispor da dignidade em sua plenitude (ARAÚJO, 2017, p. 16).

De fato, uma parcela relevante da efetividade dos direitos humanos teve origem nos efeitos da criação e assimilação do conceito de “humanidade”, elaborado para dar resposta aos crimes praticados, no período de 1933 a 1945, pelo regime nazi-facista. Foi a noção de “crime contra a humanidade”, até então inexistente, que possibilitou que se começasse a pensar na humanidade como uma coletividade, merecedora, enquanto tal, de proteção jurídica (MORAES, 2010).

Indiscutivelmente, existe íntima relação entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais” visto que o segundo é fruto do primeiro através do surgimento de inúmeros instrumentos jurídicos internacionais (tratados, acordos, pactos), em especial Carta das Nações Unidas de 1945 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que acabaram por influenciar normas internas e, na maioria das vezes, foram incorporados aos textos constitucionais dos Estados, em especial no Ocidente.

Esta influência e estímulo na órbita internacional dos Direitos Humanos acabou refletindo em diversos países a inserir a dignidade humana em seus sistemas constitucionais, como valor fundamental.

Neste ponto, Miranda (2008, p. 168):

A ligação jurídico-positiva entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana só começa com o Estado social de Direito e, mais rigorosamente, com as Constituições e os grandes textos internacionais subsequentes à segunda guerra mundial, e não por acaso. Surge em resposta aos regimes que “tentaram sujeitar e degradar a pessoa humana” (preâmbulo da Constituição Francesa de 1946) e quando se proclama que “a dignidade da pessoa humana é sagrada” (art.1º da Constituição alemã de 1949). E, ao afirmar-se que “o desconhecimento e o desprezo dos direitos do homem” tinham conduzido “a actos de barbárie que revoltaram a consciência da Humanidade” e que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e

dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (preâmbulo da Declaração Universal).

Não existe consenso na doutrina acerca do conceito e terminologia a ser adotada em matéria de direitos fundamentais. Alguns adotam “direitos humanos”, outros “direitos do homem” ou “direitos humanos fundamentais” (VECCHI, 2006) estas inúmeras terminologias entre tantas outras, variam tanto o seu significado quanto o seu conteúdo.

Nessa esteira, Siqueira Júnior (2008, p. 253):

A expressão direitos fundamentais está ligada a um rol básico de direitos que surgem do direito natural e da evolução histórica constituindo-se segundo o consenso social, no mínimo que deve ser observado em qualquer sociedade. É dentro dessa perspectiva que encaramos todo o arcabouço jurídico, seja qual o nome que se dê. Denominamos esses direitos absolutos de direitos naturais e, num sentido mais restrito, de direitos da personalidade. Num sentido mais amplo, direitos humanos. Quando reconhecido pelo Estado, direitos fundamentais. Mas o alicerce é a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, adota-se os ensinamentos e critérios utilizados pelo jurista Sarlet (2005) que utiliza os termos “direitos humanos” para referir-se aos instrumentos jurídicos no âmbito do direito internacional com conceitos mais amplos e imprecisos e “direitos fundamentais” para direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado.

Nessa linha, Steinmetz (2004, p. 108) assevera:

Os direitos humanos não são “valores”, mas normas. Atrás deles estão representações de valores da dignidade, liberdade e igualdade de todos os seres dotados de semblante humano. Mas tão logo a constituição os *positiva*, eles são direito vigente. A partir de então nós juristas temos o dever de interpretá-los como normas.

Assim, a expressão direitos humanos é mais utilizada no plano internacional, independentemente, portanto, do modo como cada Estado nacional regula a matéria. Direitos fundamentais, por sua vez, é o termo normalmente empregado para designar “direitos positivados numa constituição de um determinado Estado (SCHREIBER, 2013).

Nesse ponto, o jurista lusitano Andrade (1983, p. 32):

[...] o sentido dos direitos fundamentais não é o mesmo quando estão integrados numa Constituição concreta. As normas que os contêm são interpretadas, reguladas e aplicadas no quadro global da Constituição e sofrem, por isso, pelo seu lado e necessariamente, a influência das fórmulas de organização do poder político, dos princípios constitucionais gerais e mesmo das posições relativas entre os diversos direitos. A conotação e o contexto dos direitos determinam o ambiente em que juridicamente vivem, condicionando, por essa via, a sua própria substância. [...].

A esse respeito, é de se ressaltar a tábua axiológica trazida pelas constituições do século XX, elaboradas e promulgadas após o término da Segunda Grande Guerra. Nesse novo ambiente, o valor fundamental deixou de ser a vontade individual, o suporte fático-jurídico das situações patrimoniais que importava regular, passando a ser a pessoa humana e a dignidade que lhe é intrínseca (MORAES, 2010, p. 110).

Com toda a propriedade Andrade (1983, p. 26), ensina que os direitos fundamentais “[...] tais como os entendemos, são verdadeiros direitos ou liberdades, reconhecidos em geral aos homens ou a certas categorias de entre eles, por razões de humanidade. São nessa medida direitos de igualdade e não direitos de desigualdade”.

O direito enuncia o princípio cristalizado na consciência coletiva (*rectius*, na história) de determinada comunidade, dispondo sobre a sua tutela, através de direitos, liberdades e garantias que a assegurem. Esclareça-se que não se trata de adotar uma posição jusnaturalista, mas de ressaltar que, evidentemente, antes de se incorporar tal princípio nas constituições, foi imperioso que se reconhecesse o ser humano como sujeito de direitos e, assim, detentor de uma “dignidade” própria, cuja base (lógica) é o universal direito da pessoa humana a ter direitos (MORAES, 2010, p. 82).

A sociedade percorre um longo caminho elegendo os bens jurídicos mais relevantes. Por intermédio desse longo caminho de evolução social, a sociedade política conquista esses direitos que são consagrados na norma fundamental, ou seja, na Constituição; a partir daí, são denominados de direitos fundamentais (SIQUEIRA JÚNIOR, 2008).

Nessa linha, os direitos sociais em especial, direitos que sustentam o conceito de mínimo existencial, não podem deixar de ser concretizados sem que se viole profundamente esse valor supremo que é a dignidade humana. Os direitos sociais foram sucessivamente constitucionalizados no século vinte, sendo, assim, proclamados como direitos fundamentais, deixando-se para trás os limites do Estado Liberal e as suas arcaicas formulações.

Neste particular, os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as Constituições, variando de acordo com a sua construção e formatação, levando em conta o momento histórico, além do desenvolvimento econômico e social dos respectivos Estados.

Para Siqueira Júnior (2008, p. 273), a Constituição é um documento jurídico, dotado de força e efetividade própria. A norma constitucional apresenta um atributo próprio, que é a fundamentabilidade: a Constituição é norma fundamental.

As contradições entre os princípios do Estado Liberal e os do Estado Social foram superadas pelo Estado Democrático de Direito, que se vincula a uma concepção material (e não meramente processual) de democracia como participação também em resultados, o que exige,

para os direitos sociais fundamentais, uma configuração jurídico-política e uma interpretação coerente com esses supremos princípios democráticos (SCHWARZ, 2017, p. 6).

No direito brasileiro, após mais de duas décadas de ditadura sob o regime militar, a Constituição democrática de 1988 explicitou, no art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos “fundamentos da República”. A dignidade humana, então, não é criação da ordem constitucional, embora seja por ela respeitada e protegida. A Constituição, consagrou o princípio e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática (MORAES, 2010).

A pluralidade, a diversidade e a tolerância constituem direitos fundamentais nos dias atuais, pois, dentro de uma sociedade liberal, o que vale é o direito de expressão individual sem barreiras, pautada apenas no respeito de uns para com os outros, de forma que a expressão individual encontra-se limitada no respeito ao direito do outro. Isto sendo feito, o Estado não pode interferir na condição pessoal de cada um para transformação da personalidade, desde que resguardados os valores fundamentais, como honestidade e obediência às regras do mercado capitalista. Por isso, desde que atendidas tais condições, pode cada um fazer da sua vida pessoal o que bem entender. Dentro do ambiente social a palavra de ordem é inclusão, igualdade, ausência de preconceito, é a tônica da sociedade contemporânea (OLIVEIRA, 2008).

Segundo Marmelstein (2019), na contemporaneidade, os direitos fundamentais acabaram sendo banalizados, sendo necessário para sua identificação algumas características que facilitam a sua proteção e efetivação judicial. Dentre elas, no Brasil, são apresentadas as seguintes: a) possuem aplicação imediata, por força do art. 5º, § 1º, da Constituição de 88, e, portanto, não precisam de regulamentação para serem efetivados, pois são diretamente vinculantes e plenamente exigíveis; b) são cláusulas pétreas, por força do art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição de 88, e, por isso, não podem ser abolidos nem mesmo por meio de emenda constitucional; c) possuem hierarquia constitucional, de modo que, se determinada lei dificultar ou impedir, de modo desproporcional, a efetivação de um direito fundamental, essa lei poderá ter sua aplicação afastada por inconstitucionalidade.

Nesta perspectiva, entender os aspectos conceituais dos direitos fundamentais, autoriza a exata compreensão acerca dos seus princípios, em especial o da dignidade da pessoa humana e sua irradiação a todas as matérias do direito, especificadamente ao teletrabalho em *home office*.

Neste particular, a exata compreensão que os Direitos Fundamentais são fruto de conquistas e evolução histórica da própria humanidade leva à conclusão de que cada dispositivo

constitucional tem sua razão de ser, não devendo sob nenhuma perspectiva ser vilipendiado seja por grupos sociais, pela sociedade, pelo Estado ou pelo legislador infraconstitucional.

Na atualidade, sob vários pretextos tais como: modernização, flexibilização, empreendedorismo, entre tantos outros clichês, não raras vezes, acaba-se por negar os Direitos Fundamentais, seja através de novos contextos jurídicos ou sociais. Nesse ambiente, o teletrabalho em *home office* surge como um destes riscos.

Como será visto adiante, nem sempre os atores sociais envolvidos estão vigilantes quanto à exata extensão e aplicação dos Direitos Fundamentais sobre todas as relações da sociedade contemporânea.

Para entender a exata extensão dos Direitos Fundamentais, se faz necessário compreender sua linha evolutiva que ocorreu ao longo da história, através das suas respectivas dimensões ou gerações. No próximo tópico, será tratado acerca desta questão.

2.2 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, tais como se entendem na contemporaneidade, são verdadeiros direitos ou liberdades, construídos ao longo da história, inicialmente ligados ao direito natural, sendo que ao longo da sua evolução foram reconhecidos perante os poderes públicos e, posteriormente, frente aos particulares.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão¹ são relativamente anteriores ao próprio Estado e à Sociedade, são direitos absolutos, imutáveis, inerentes à qualidade humana dos seus titulares, também chamados por alguns de “núcleo restrito”.

Sobre essa questão, Andrade (1983, p. 14) leciona:

[...] afirma-se, então, a primazia do indivíduo sobre o Estado e a Sociedade, construídos estes contratualmente com base na liberdade política e nas liberdades individuais e assim se define a possibilidade de realização jurídica dos direitos do homem, traçando o sentido da mudança, cujos marcos históricos mais significativos viriam a ser as Revoluções Americana e Francesa. É assim que, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, p.ex., se lê que o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos e que o fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis, resumindo-se estes na liberdade, segurança, propriedade e resistência à opressão.

¹ A expressão “dimensão” é melhor aceita do que “geração”, porque esta dá a entender que o surgimento de uma nova categoria de direitos fundamentais tornaria obsoleto e superado as anteriores, o que não é verdadeiro, motivo pelo qual neste trabalho utilizar-se-á sempre dimensão/dimensões, mesmo que os autores citados eventualmente usem geração/gerações.

Neste sentido, Sarlet (2007, p. 54-55) ensina:

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificadamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São, posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. Também o direito de igualdade, entendido como igualdade formal (perante a lei) e algumas garantias processuais (devido processo legal, habeas corpus, direito de petição) se enquadram nesta categoria. Em sua, como relembra P. Bonavides, cuida-se dos assim chamados direitos civis e políticos, que, em sua maioria correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, [...].

Para proteger os administrados da ingerência considerada “nociva” do Estado, abominada pelos burgueses, foram catalogados os direitos fundamentais de primeira dimensão que privilegiam o valor liberdade tanto na vida civil quanto na vida política. Assim, foi imposto um não fazer ao Estado. Em contrapartida, os indivíduos passaram a gozar de direitos de oposição e de resistência contra o ente estatal (RENAULT; FABIANO, 2011, p. 207).

O Estado liberal interessava ao capitalismo, alicerçado no princípio da autonomia de vontade, liberdade, igualdade e propriedade privada.

O Estado liberal de Direito, o Estado burguês de Direito, é o Estado que reconhece e garante o exercício de direitos básicos de liberdade: direito à liberdade pessoal, à liberdade religiosa, à liberdade econômica, de propriedade, de resistência e à segurança, entre outros direitos. A separação de poderes constitui-se em limite interno ao poder do Estado. Ela está intrinsecamente ligada aos direitos fundamentais, porque a separação de poderes é a garantia orgânica dos direitos fundamentais. Onde não há separação de poderes, não há garantia de que o exercício dos direitos fundamentais será respeitado e protegido pelo Estado (STEINMETZ, 2004).

A primeira dimensão dos direitos humanos teve seu ponto de sustentáculo na Revolução francesa. O ícone da história dos direitos humanos é a Revolução francesa e a consequente Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que representou o fim do antigo regime (*ancien régime*), com a queda da monarquia absoluta e dos privilégios feudais.

Os direitos humanos também tiveram destaque na Inglaterra com a transição da monarquia absoluta para a monarquia constitucional, mas os momentos inolvidáveis na materialização dos direitos humanos foram a Revolução Norte Americana de 1776, a Declaração de Direitos de Virginia, a Declaração da Independência e a própria Constituição dos Estados Unidos da América, que se consubstanciaram como marcos importantes na concretização dos direitos humanos (SIQUEIRA JÚNIOR, 2008).

A Constituição dos Estados Unidos foi redigida pela Convenção Federal de 1787 com a finalidade de criar o sistema de Governo Federal que começou a funcionar na América em 1789. Desde então, foram acrescentadas vinte e seis emendas. As dez primeiras conhecidas como *Bill of Rights* (Declaração de Direitos), foram aprovadas em 1791. Enfim, surge o Estado Liberal, que preconiza a igualdade absoluta, todos sendo iguais perante a lei (SIQUEIRA JÚNIOR, 2008).

Os direitos protegidos nessas primeiras declarações tinham nítida influência do pensamento liberal propagado pelos filósofos do iluminismo, especialmente de Locke, para quem “o grande e principal fim dos homens se unirem em sociedade e de se constituírem sob um governo é a conservação da sua propriedade” (MARMELSTEIN, 2019).

Além dos direitos de liberdade, também foram reconhecidos, nessa primeira fase do constitucionalismo moderno, os chamados direitos políticos, cuja principal finalidade era (e ainda é) a regulamentação do exercício democrático do poder, permitindo a participação do povo na tomada das decisões políticas, através do direito de voto, do direito de crítica, do direito de filiação partidária, entre outros (MARMELSTEIN, 2019).

Para Wolkmer (2016, p. 24), os direitos fundamentais de primeira dimensão:

São os direitos civis e políticos. Trata-se dos direitos individuais vinculados à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança e à resistência às diversas formas de opressão. Direitos inerentes à individualidade, tidos como atributos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, que, por serem de defesa e serem estabelecidos contra o Estado, têm especificidade de direitos “negativos”.

É pacífico na doutrina que os direitos fundamentais de primeira dimensão têm eficácia direta e imediata na relação verticalizada entre os indivíduos e o Estado, através da máxima efetividade, em especial no conteúdo relacionado a personalidade humana.

Ao longo da história, muitos fatos se tornaram importantes e decisivos para o progresso da humanidade, trazendo significativa contribuição à evolução dos povos, consubstanciando, inclusive, datas comemorativas, sendo até hoje reverenciados por todos os que se incursionam na pesquisa dos direitos fundamentais da pessoa humana (ARAÚJO, 2017, p. 14).

Neste contexto histórico, surgiu da necessidade de criar na esfera internacional, mecanismos jurídicos capazes de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos, chamados Direitos Humanos, e na esfera interna dos diversos Estados, também chamados de direitos fundamentais de segunda dimensão.

Os direitos de primeira dimensão tinham como finalidade, sobretudo, possibilitar a limitação do poder estatal e permitir a participação do povo nos negócios públicos. Já os direitos de segunda dimensão possuem um objetivo diferente. Eles impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhor qualidade de vida e um nível razoável de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Nessa acepção, os direitos fundamentais de segunda dimensão funcionam como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade (MARMELSTEIN, 2019).

Os direitos humanos de primeira e segunda dimensão não são antagônicos e contraditórios. Os direitos civis e políticos (primeira dimensão) exigem uma prestação negativa do Estado, são direitos individuais em face do Estado, ao passo que os direitos econômicos, culturais e sociais (segunda dimensão) exigem uma prestação positiva do Estado, ou seja, uma intervenção política concreta para a implementação dos referidos direitos. Essas duas vertentes da atuação estatal (positiva e negativa) são perfeitamente compatíveis e igualmente de real importância. A plena realização dos direitos individuais surge com a realização dos direitos sociais. A liberdade de expressão só surge com a educação. O indivíduo só exerce realmente sua autonomia se assegurado um mínimo de direitos sociais concretos. Os direitos humanos de segunda dimensão reforçam e consagram a plenitude da dignidade da pessoa humana, que é o ponto nevrálgico dos direitos fundamentais (SIQUEIRA JÚNIOR, 2008).

Com o advento da Segunda Guerra Mundial, bem como das barbáries e dos totalitarismos praticados pelos regimes nazista e fascista, legitimados pelos seus respectivos ordenamentos jurídicos, sob a ótica positivista, tornou-se indispensável promover as garantias institucionais, bem como a igualdade e a liberdade material para que a todos fossem oferecidas as mesmas oportunidades, hábeis a assegurar o mínimo essencial para uma existência digna e sem preterição de nenhum ser humano (RENAULT; FABIANO, 2011, p. 208).

São valiosas as ponderações de Bonavides (2006, p. 565) nesse sentido:

[...] Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos a liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à

participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade de valores existenciais, aquele que unicamente o social proporciona em toda a plenitude. Descobria-se assim um novo conteúdo dos direitos fundamentais: as garantias institucionais.

Nessa linha, Andrade (1983, p. 18-19):

A assinatura de todas estas declarações, convenções e pactos, associada à proliferação de organizações não-estaduais assinalam a preocupação internacional de garantir certos direitos fundamentais do homem. Não já na perspectiva jusracionalista de afirmações de verdade absoluta, válidas para todos os tempos, mas, mais modestamente, na perspectiva de manifestações fundamentais de princípios inscritos na consciência jurídica universal hoje comum aos povos de todos os continentes.

Sarlet (2007, p. 55), ainda, esclarece:

A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um “direito de participar do bem-estar social.” Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado.

Dentro deste contexto, naturalmente surgiram mais reivindicações das classes menos favorecidas, na órbita interna dos Estados na busca da justiça social, podendo trazer a título ilustrativo: a liberdade de sindicalização, direito de greve, direito a férias, etc. Nesse sentido, restaram abandonadas as pretensões “mais abstratas” e num processo crescente de demandas e conquistas, buscou-se efetividade “concreta” de direitos no cotidiano e vida dos grupos ou classes menos favorecidas.

Sobre o ponto, Andrade (1983, p. 23) pondera:

Quer alguns direitos de liberdade, que são especialmente dirigidos à protecção de minorias ráticas, religiosas, políticas) concretas, quer, noutra plano, os direitos sociais (direitos ao trabalho, ao repouso, à educação, p. ex) não dizem respeito a um homem abstracto, natural, fora da história, mas, pelo contrário, a um homem concreto, situado, portador de interesses actuais (sic).

Ainda, Wolkmer (2016, p. 24-25) leciona que “são os direitos sociais, económicos e culturais, direitos fundados nos princípios da igualdade e com alcance positivo, pois não são contra o Estado, mas ensejam sua garantia e concessão a todos os indivíduos por parte do poder público”.

No século XX, surgiram os direitos fundamentais de terceira dimensão, cuja a característica é o carácter coletivo, difuso, onde diante da fraternidade e solidariedade se busca o desenvolvimento e qualidade de vida de todos. Nesse particular, a evolução e informação da

sociedade contemporânea, aliado à mudança da perspectiva de vários conceitos, até então existentes, como por exemplo “humanidade”, “coletividade” marca este período.

Esses novos direitos visam à proteção de todo o gênero humano e não apenas de um grupo de indivíduos. No rol desses direitos, citam-se o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação (MARMELSTEIN, 2019).

Sarlet (2007, p. 56-57), a respeito, esclarece:

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Para outros, os direitos de terceira dimensão têm por destinatário precípua “o gênero humano mesmo, num momento, expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos e existencialidade concreta. Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.

Neste contexto, para melhor elucidar as três dimensões dos direitos fundamentais, colhe-se a contribuição de Bonavides (2006, p. 517-523):

Os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos [...] têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. [...] Os direitos de segunda geração merecem um exame mais amplo. [...] São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades [...] Os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificadamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. [...] Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

A evolução dos direitos fundamentais, logicamente, não parou nos direitos de terceira dimensão. A luta pela dignidade humana é constante na história da humanidade e as normas jurídicas devem constantemente se adaptar às aspirações sociais e culturais que vão surgindo. É natural, portanto, que outros valores sejam acrescentados às declarações de direitos, bem como que os velhos direitos sejam constantemente atualizados para refletirem a mentalidade e as necessidades do presente (MARMELSTEIN, 2019).

As novas tecnologias, o mapeamento do genoma humano, a crise ambiental decorrente do aquecimento do planeta, o terrorismo e as consequentes medidas de segurança antiterroristas, entre outros riscos e ameaças da atualidade, fazem que novas reivindicações se incorporem na agenda política da comunidade (MARMELSTEIN, 2019).

Os autores divergem acerca da existência de direitos fundamentais da quarta dimensão, enquanto Sarlet (2007) acredita que tal dimensão aguarda consagração no direito internacional e acolhimento nas Constituições dos Estados. Por seu turno, Bonavides (2006) se posiciona pela sua existência, afirmando ser fruto de uma nova fase dos direitos fundamentais.

Wolkmer (2016, p. 29), sobre a quarta dimensão, esclarece:

São os “novos” direitos referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética. Trata dos direitos específicos que têm vinculação direta com a vida humana, como a reprodução humana assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intrauterinas, transplantes de órgãos, engenharia genética (“clonagem”), contracepção e outros.

Nessa linha, Steinmetz (2004, p. 93-94) assevera:

A progressiva ampliação dos direitos fundamentais também se materializou pelo acúmulo de gerações- ou de dimensões, como preferem alguns autores – dos direitos fundamentais. Foram quatro gerações. A primeira geração foi a dos direitos civis e políticos, ou simplesmente chamados direitos de liberdade; a segunda, a dos direitos sociais; a terceira, a dos direitos difusos e coletivos (*e.g.* direito meio ambiente saudável, direito ao desenvolvimento, direito ao patrimônio público e social, direito à proteção das relações de consumo); e, por fim, os direitos de quarta geração, como posições jurídicas subjetivas básicas ante os progressos da ciência (*e.g.*, biologia e ciências e tecnologia afins, ciência da computação e ciências e tecnologias afins).

Para Renault e Fabiano (2011, p. 212), o ordenamento jurídico brasileiro reconhece os direitos fundamentais de quarta dimensão, pois o preâmbulo da Constituição da República de 1988 preconiza, desde logo, a instituição de Estado Democrático. O *caput* do art. 1º da Norma Fundamental dispõe que esse Estado Democrático é de Direito, enquanto o parágrafo único do mesmo art. 1º prevê que todo o poder emana do povo, que irá exercê-lo diretamente ou por meio de representantes eleitos. De sua vez, o *caput* do art. 14 da Constituição da República de 1988 prevê o exercício da soberania popular pelo sufrágio universal e pelo direto e secreto, com igual valor para todos. E, nos termos da Lei, a soberania popular ainda poderá ser praticada mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular, tudo nos termos dos incisos I, II e III do art. 14 da Norma Fundamental, respectivamente.

Os direitos fundamentais e suas respectivas dimensões ao longo da história contemporânea, não invalidam ou tornam a dimensão anterior superada, visto que é comum a

todos os direitos de todas as dimensões o problema de sua efetividade, variando sua eficácia jurídica e social.

Alguns autores revelam que o estágio atual da sociedade acaba por criar novas necessidades “individuais” e “coletivas” surgindo novos problemas, necessidades e demandas, criando novos direitos que desafiam a autoridade do sistema jurídico tradicional.

Segundo Wolkmer (2016, p. 19):

A teoria jurídica formalista, instrumental e individualista vem sendo profundamente questionada por meio de seus conceitos, de suas fontes e de seus institutos diante das múltiplas transformações tecnocientíficas, das práticas de vida diferenciada, da complexidade crescente de bens valorados e de necessidades básicas, bem como da emergência de atores sociais, portadores de novas subjetividades (individuais e coletivas). Desse modo, as necessidades, os conflitos e os novos problemas colocados pela sociedade no final de uma era e no início de outro milênio engendram também “novas” formas de direitos que desafiam e põem em dificuldade a dogmática jurídica tradicional, seus institutos formais e materiais e suas modalidades individualistas de tutela.

Estes “novos” direitos exigem novos instrumentos jurídicos que não guardam qualquer relação com os existentes no atual sistema jurídico, a fim de viabilizar a materialização daqueles nas mais diversas áreas do direito. Seriam os direitos de quinta dimensão advindos da sociedade e das tecnologias de informação.

Segundo Wolkmer (2013, p. 133):

A passagem do século XX para o novo milênio reflete uma transição paradigmática da sociedade industrial para a sociedade da era virtual. É extraordinário o impacto do desenvolvimento da cibernética, das redes de computadores, do comércio eletrônico, das possibilidades da inteligência artificial e da vertiginosa difusão da internet sobre o campo do Direito, sobre a sociedade mundial e sobre os bens culturais do potencial massificador do espaço digital.

O ideal é considerar que todos os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões, ou seja, na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade (terceira dimensão), na dimensão democrática (quarta dimensão) e assim sucessivamente. Não há qualquer hierarquia entre essas dimensões. Na verdade, elas fazem parte de uma mesma realidade dinâmica. Essa é a única forma de salvar a teoria das dimensões dos direitos fundamentais (MARMELSTEIN, 2019).

De qualquer forma, a evolução da sociedade ao longo da história, alargou o campo de atuação dos direitos fundamentais de tempos em tempos, através das “dimensões” e a

positivação pelos Estados, através das Constituições, trouxe ao debate, conforme tópico a seguir, questões relativas à sua eficácia e aplicabilidade.

A temática acerca das dimensões dos Direitos Fundamentais, ganha especial relevância em se tratando de teletrabalho em *home office*, visto que esta nova modalidade de trabalho, pelo fato de permitir maior flexibilidade com relação à “hora de trabalho” e “hora de descanso” em decorrência de uma infinidade de situações e circunstâncias, potencializa a violação dos direitos fundamentais ligados à personalidade humana (primeira dimensão) e aqueles ligados aos direitos sociais (segunda dimensão), os quais serão aprofundados nos tópicos 3.6 e 4.2.

De qualquer sorte, não basta compreender os aspectos conceituais das dimensões dos Direitos Fundamentais, faz-se necessário também compreender a eficácia jurídica e social² dos direitos fundamentais, o que será objeto do próximo tópico.

2.3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais positivados nas Constituições em geral possuem nuances e peculiaridades distintas, que variam de Estado para Estado, inexistindo quanto à sua estrutura uma fórmula definida, nem mesmo quanto à sua forma.

Neste ponto, Farias (1996, p. 82) ensina:

Os direitos fundamentais, além de complexos em sua estrutura interna, denotam uma pluralidade de tipos. São inúmeras as tentativas de classificações dos mesmos com a utilização de diversos critérios: quanto à titularidade e aos sujeitos, quanto ao conteúdo ou ao objeto, quanto à estrutura, quanto ao modo de proteção, quanto à força jurídica e, em geral, quanto ao regime. Porém, nem sempre os critérios utilizados conseguem fazer conhecer a complexidade e a variedade dos direitos fundamentais existentes.

Sarlet (2007, p. 245-246) destaca que toda e qualquer tentativa de classificação das normas constitucionais não terá o condão de abranger todas as manifestações possíveis da eficácia e aplicabilidade, apesar das inúmeras tentativas dos autores, destacando entre eles: Maria Helena Diniz, José Afonso da Silva, Celso Antônio Bandeira de Mello, Luís Roberto Barroso, Celso Ribeiro Bastos, Carlos Ayres Britto, José Horácio Meirelles Teixeira, entre tantos outros. A autora (2007) defende que a sistematização das normas constitucionais, deva

² Quanto à jurídica, Steinmetz (2004, p. 46) refere-se à propriedade técnica de produção de efeitos jurídicos, e quanto à social, refere-se à observância e, por conseguinte, à realização fática da norma jurídica.

ocorrer de maneira binária, distinguindo-se entre as normas de eficácia plena e as normas de eficácia reduzida, visto que todas são dotadas de certo grau de eficácia e aplicabilidade.

Para Marmelstein (2019) existe uma corrente doutrinária conhecida que classifica os direitos fundamentais em direitos positivos e negativos. Essa distinção, certamente influenciada pela classificação dos direitos por status, desenvolvida por Jellinek, considera, em síntese, que os direitos civis e políticos (direitos de liberdade) teriam o *status* negativo, pois implicariam um não agir (omissão) por parte do Estado. Já os direitos sociais e econômicos (direitos de igualdade), por sua vez, teriam *status* positivo, já que a sua implementação necessitaria de um agir (ação) por parte do Estado, mediante o gasto de verbas públicas.

A adoção de uma classificação dos direitos fundamentais acaba por relacionar-se diretamente com o modelo adotado pela carta política, variando, por via de consequência, a sua forma de positivação e eficácia podendo ser basicamente agrupados em dois grupos: direitos de defesa e os direitos a prestações.

Para outros autores, como Robert Alexy (2008), a classificação dos direitos fundamentais também se agruparia em Direitos fundamentais de defesa, entretanto com relação aos Direitos fundamentais a prestação, existiria mais subdivisões como Direitos Fundamentais a prestações jurídicas, Direitos Fundamentais a prestações materiais, além dos Direitos Fundamentais a participação.

No presente trabalho, será adotada a classificação apresentada pelo jurista Sarlet (2007), não tendo a pretensão de esmiuçar todas as subdivisões ou classificações existentes.

Isso assentado, Sarlet (2007, p. 252) registra:

Nesse sentido, cumpre lembrar que os direitos fundamentais, em razão de sua multifuncionalidade, podem ser classificados basicamente em dois grandes grupos, nomeadamente os direitos de defesa (que incluem os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais – no caso, as liberdades sociais – políticos) e os direitos a prestações (integrados pelos direitos a prestações em sentido amplo, tais como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como pelos direitos a prestações em sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional). Se os direitos de defesa, como dirigidos, em regra, a uma abstenção por parte do Estado, assumem habitualmente a feição de direitos subjetivos, inexistindo maior controvérsia em torno de sua aplicabilidade imediata e justiciabilidade, o mesmo não ocorre com os direitos a prestações. Estes, por exigirem um comportamento ativo dos destinatários, suscitam dificuldades diversas, que levaram boa parte dos autores, a negar-lhes aplicabilidade imediata e, em razão disto, plena eficácia.

O debate acerca da eficácia dos direitos fundamentais, seja ampliativo, restritivo ou até mesmo moderado, nos inúmeros dispositivos contidos no âmbito da estrutura da Lei Maior, vem mudando ao longo do tempo.

Inicialmente, cabe destacar que com relação à eficácia dos direitos fundamentais de defesa, é praticamente uníssono o entendimento da sua natureza plena e imediata, seja acerca do seu alcance quanto da sua eficácia. A divergência doutrinária e jurisprudencial repousa sobre os direitos de prestação, seja por questões relacionados ao tempo (época), seja por questões vinculadas a uma ação positiva por parte do Estado.

Os direitos de defesa estão relacionados aos direitos de liberdade, igualdade, direitos-garantia, direitos políticos, entre outros, que exigem uma atitude de abstenção dos poderes estatais e dos particulares. Podendo-se citar, em caráter ilustrativo, o direito de licença à gestante por cento e vinte dias (art.7º, inc. XVIII), a proibição de discriminação no trabalho no que tange a salários, admissão etc. (art.7º, inc. XXX, XXXI e XXXII), a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menos de 18 anos e de qualquer trabalho aos menos de 14 anos (art.7º, inc. XXXIII).

Outra característica, é que o exercício desses direitos, via de regra, não exige alocação de recursos e não depende de qualquer ato complementar ou derivado a ser praticado pelo legislativo. O direito pode ser exercido pelo titular de maneira imediata.

Neste ponto, Sarlet (2007, p. 274-275) esclarece:

Podemos concluir que em se tratando de direitos fundamentais de defesa, a presunção em favor da aplicabilidade imediata e a máxima da maior eficácia possível devem prevalecer, não apenas autorizando, mas impondo aos juízes e tribunais que apliquem as respectivas normas aos casos concretos, viabilizando, de tal sorte, o pleno exercício destes direitos (inclusive como direitos subjetivos), outorgando-lhes, portanto, sua plenitude eficaz e, conseqüentemente, sua efetividade. Além do mais, cumpre ressaltar que a eficácia dos direitos de defesa de longo não se esgota na perspectiva jurídico-subjetiva ora referida. A plena justiciabilidade (como direitos subjetivos) desta categoria dos direitos fundamentais pode até assumir a condição de principal manifestação de sua eficácia jurídica, não afastando, contudo, como já ressaltado alhures, outros efeitos jurídicos, inclusive na esfera jurídico-objetiva, que, por serem comuns a todas as normas definidoras de direitos fundamentais, [...].

Para Farias (1996, p. 82) esses direitos fundamentais de primeira dimensão referem-se principalmente às liberdades individuais, tais como liberdade pessoal de pensamento, de religião, de reunião e liberdade econômica.

Segundo Alexy (2008, p. 196):

Os direitos dos cidadãos, contra o Estado, a ações estatais negativas (direitos de defesa) podem ser divididos em três grupos. O primeiro grupo é composto por direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas *ações* do titular do direito; o segundo grupo, de direitos a que o Estado não afete determinadas *características* ou situações do titular do direito; o terceiro grupo, de direitos a que o Estado não elimine determinadas *posições jurídicas* do titular do direito.

Os direitos de defesa diante da sua aplicação imediata costumam ser chamados de direitos ou princípios fundamentais absolutos, trazendo como consequência instantânea um direito subjetivo ao seu titular.

Já os direitos sociais prestacionais, ao contrário, necessitam de uma prestação fática ou normativa com dimensão positiva, ou seja, conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma) na esfera econômica e social. Pode-se citar, em caráter ilustrativo, direito ao trabalho, assistência social, aposentadoria, educação, saúde, moradia, etc. Neste sentido, via de regra, dependem de outras circunstâncias que podem ser legislativas, econômica ou até mesmo social para sua implantação (efetivação).

A esse respeito, Alexy (2008, p. 263) destaca que “o indivíduo está inserido nesse status sempre que o Estado a ele “reconhece a capacidade jurídica para recorrer ao aparato estatal e utilizar as instituições estatais, ou seja, [quando] garante ao indivíduo pretensões positivas”.

Nessa linha, Sarlet (2007, p. 279-280) pondera:

O desiderato dos direitos sociais, como direito a prestações, consiste precisamente em realizar e garantir os pressupostos materiais para uma efetiva fruição das liberdades, razão pela qual, consoante já assinalado, podem ser enquadrados naquilo que se denominou de status *positivus socialis*. [...] Os direitos sociais a prestações, ao contrário dos direitos de defesa, não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstrata, mas, sim, como já assinalado alhures, encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que eles necessitem.

Para Farias (1996, p. 87), os direitos fundamentais à prestação, também designados apenas por direitos sociais, figuram essencialmente dos arts. 6º a 11 e título VIII, no Texto Constitucional em vigor.

Os direitos sociais (a prestações) diante da sua densidade normativa, possuem eficácia gradual, chamados de direitos ou princípios fundamentais relativos. Mesmo aqueles direitos sociais prestacionais de cunho programático que estabelecem programas ou finalidades a serem perseguidas pelo Estado, produzem algum efeito jurídico, sendo aplicáveis na medida de sua eficácia.

Nesse sentido, Sarlet (2007, p. 289) pondera:

Independentemente – ainda – da discussão em torno da possibilidade de se reconhecerem direitos subjetivos a prestações com base em normas de cunho eminentemente programático (para nos mantermos fiéis à terminologia adotada), importa ressaltar mais uma vez que todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa.

Sob outro ponto de vista, alguns autores como Celso Antonio Bandeira de Mello e Luís Alberto de Matos Freire de Carvalho, sustentam que mesmo tratando-se direitos sociais a prestações, os mesmos possuem a prerrogativa de direito subjetivo, visto que apesar da formulação imprecisa, cabe ao Judiciário determinar o conteúdo e alcance da sua aplicação, por tratar-se de uma tarefa jurisdicional e não legislativa ou infraconstitucional (SARLET, 2007).

Sobre o ponto, Sarlet (2007, p. 302) leciona:

[...] a natureza aberta e a formulação vaga das normas que versam sobre direitos sociais não possuem o condão de, por si só, impedir a sua imediata aplicabilidade e plena eficácia, já que constitui tarefa precípua dos tribunais a determinação do conteúdo dos preceitos normativos, por ocasião de sua aplicação. Para além disso, alega-se que mesmo em se tratando de preceitos imprecisos ou fluidos, em sendo possível reconhecer um significado central e incontroverso, sempre se poderá aplicar a norma constitucional, mesmo sem intermediação legislativa, já que, do contrário, se estaria outorgando maior força à lei do que à própria Constituição.

Outro posicionamento, não menos relevante e importante de parte da doutrina sobre o tema, é que as normas de direitos fundamentais de direitos de defesa ou qualquer dos direitos sociais a prestações, possuem aplicabilidade imediata e direta e de plena eficácia, por força do art.5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, gerando um autêntico direito subjetivo. Nesse sentido, sustenta-se com a expressa previsão no texto constitucional, buscou-se evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais, tanto o é que existem os instrumentos próprios para omissão que são: o mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade.

Nessa linha, Steinmetz (2004, p. 122-123) assevera:

O poder constituinte, ao prescrever, textualmente, que as normas de direitos e garantias fundamentais devem ter aplicação imediata, decidiu que, no âmbito de vigência da CF, os direitos fundamentais são uma categoria de direitos com força especial e que por isso devem ser tomados a sério. Como reiterado diversas vezes nesta exposição, a CF é uma estrutura normativa básica que pretende normatizar não somente as relações entre Estado e indivíduo (ou grupos) e as relações intra-estatais, mas, em âmbitos fundamentais de vida, também as relações sociais em sentido amplo.

Nesse sentido, afirma-se que o legislador constituinte ao fazer constar a eficácia imediata expressamente no texto constitucional (art.5º, §1º), buscou em matéria de direitos fundamentais dar efetividade plena ao sujeito titular do direito que é a pessoa humana.

Todo direito fundamental gera dever de respeito, proteção e promoção, ou seja, o Estado tem o dever de respeitar (não violar o direito), proteger (não deixar que o direito seja violado) e promover (possibilitar que todos usufruam o direito). Essa ideia terá implicações de grande relevância na compreensão da teoria dos direitos fundamentais (MARMELSTEIN, 2019).

Por óbvio, inexistente consenso sobre o assunto, bem como sobre o alcance do art.5º, §1º, da Carta Magna, se aplicável a todos os direitos fundamentais (arts. 5º a 17), bem como em outras partes do texto constitucional ou restrito aos direitos individuais do art.5º da Lei Fundamental.

Sobre o ponto, Sarlet (2007, p. 256) pondera:

Ademais, a ausência de vedação expressa e a *ratio* da norma que dá amparo ao reconhecimento de direitos fora do catálogo dão ensejo a que se recepcione, neste particular, o ponto de vista sustentado pela ampla maioria na doutrina lusitana, que justamente advoga o entendimento de que (além dos direitos sociais, econômicos e culturais, por expressamente excluídos do regime) todos os direitos, liberdades e garantias de natureza análoga, ainda que localizados fora do texto da Constituição, constituem normas diretamente aplicáveis.

A esse respeito, Marmelstein (2019, p. 307) destaca:

O art. 5o, § 1o, da Constituição de 88, determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Essa norma é uma consequência natural da supremacia desses direitos. Afinal, não haveria sentido em condicionar a aplicação de determinado direito fundamental a uma futura e incerta regulamentação legislativa. Se o direito somente pudesse ser efetivado quando o legislador regulamentasse o seu exercício, ocorreria uma verdadeira inversão de autoridade, na qual o poder constituído teria mais poderes do que o próprio poder constituinte. Assim, por força da cláusula de aplicação direta e imediata, o direito fundamental tem a capacidade de produzir efeitos mesmo que não esteja regulamentado pelo legislador infraconstitucional. Vale ressaltar que todos os direitos fundamentais são favorecidos pela cláusula da aplicação imediata, já que o dispositivo constitucional não faz qualquer exclusão. Trata-se, portanto, de um princípio geral que se aplica a todos os direitos fundamentais indistintamente, apesar de estar no art. 5o da Constituição Federal brasileira.

De qualquer sorte, a eficácia dos direitos fundamentais, independentemente do posicionamento adotado, seja com relação aos direitos de defesa, seja com relação aos direitos sociais prestacionais, produzem efeito jurídico, sendo aplicáveis na medida de sua eficácia.

A aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais implica, ainda, o reconhecimento da possibilidade de surgirem direitos subjetivos diretamente da Constituição. Ou seja, a norma constitucional torna-se fonte direta de comandos e obrigações aos órgãos públicos, com uma força normativa autônoma, que independe de qualquer regulamentação (MARMELSTEIN, 2019).

Por tratar-se de direitos fundamentais com eficácia plena, não devem ser transgredidos nem pelo Estado e com mais forte razão pelos particulares. No tópico a seguir, tratar-se-á acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, visto que os particulares, do mesmo modo que o Estado, estão sob o manto dos direitos fundamentais, devendo a autonomia e liberdade das partes pautar-se pelos ditames de tais direitos fundamentais.

2.4 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Após uma exposição nesta pesquisa acerca da ampliação e evolução dos direitos fundamentais pelas dimensões, conforme tópico 2.2, que inicialmente vinculava somente o Estado a respeitar estes direitos, passa-se a expor a importância também da vinculação dos particulares, diante da assimetria nas relações privadas.

A teoria liberal clássica limitava o alcance dos direitos fundamentais à regência das relações públicas, que tinham o Estado em um dos seus polos. Tais direitos eram vistos como limites ao exercício do poder estatal, que, portanto, não se projetavam no cenário das relações jurídico-privadas. Hoje, tal concepção, que caracterizava o modelo de constitucionalismo liberal-burguês, revela-se anacrônica. Parece indiscutível que se a opressão e a violência contra a pessoa provêm não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa, a incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares se torna um imperativo incontornável (SARMENTO; GOMES, 2011).

Com a evolução social e econômica, revelou-se que a simples defesa da liberdade perante o Estado não era suficiente a garantir o bem-estar do indivíduo, assim como demonstrou que não apenas o Estado, mas a própria sociedade, especialmente em razão da desigualdade econômica, era capaz de produzir opressão e injustiça, desse modo o Estado foi compelido a promover medidas necessárias para atender a transformação da sociedade (RENCK, 2010 p. 18).

Portanto, o poder não é somente fenômeno político em sentido estrito, cuja manifestação se dá nas relações intra-estatais e entre Estado e particulares. O poder é fenômeno social em sentido amplo, porque se manifesta nas múltiplas relações sociais, sejam elas verticais, sejam elas horizontais (STEINMETZ, 2004).

Para Andrade (1983, p. 273), a regra formal da liberdade não é suficiente para garantir a felicidade dos indivíduos e a prosperidade das nações; antes serve para aumentar a agressividade e acirrar os antagonismos, agravar as formas de opressão e instalar as diferenças injustas.

Nessa linha, Steinmetz (2004, p. 85) destaca:

Contudo, a teoria dos direitos fundamentais como limites ao poder carece, em parte, de atualidade quando reduz o fenômeno do poder somente ao poder do Estado. No contexto das sociedades contemporâneas, é um equívoco elementar, próprio do liberalismo mfope e dogmático, associar o poder exclusivamente ao Estado, como se o Estado tivesse o monopólio do poder ou fosse a única expressão material e espiritual

do poder. Há muito o Estado não é o único detentor de poder – talvez nunca tenha sido o único. No mundo contemporâneo, pessoas e grupos privados não só detêm poder político, econômico e ideológico como também desenvolvem lutas de e pelo poder, (i) ora no seio do Estado, com o objetivo de ocupação de espaços estratégicos de poder e eventual obtenção de vantagens (*apropriação privado do Estado”), (ii) ora com o Estado, hipótese na qual grupo(s) privado(s) se aliam aos governantes e/ou à burocracia estatal para fragilizar, restringir, neutralizar ou até impedir a ação de outro(s) grupo(s) privados, e (iii) ora contra o Estado, e.g., ataques especulativos orquestrados por megagrupos financeiros privados nacionais e, sobretudo, internacionais.

Passou-se a discutir, então, a questão relativa à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, trazendo grande debate na doutrina a esse respeito, especialmente porque, diferentemente das relações com o Estado, ambos os polos da relação jurídica, em princípio são detentores de direitos e garantias fundamentais.

No que diz respeito, a melhor terminologia ou denominação a respeito do assunto, como ensina Sarlet (2007), pode ser: “eficácia privada”, “eficácia social”, “eficácia em relação a terceiros” (“*Drittwirkung*” ou eficácia externa) e “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”.

No presente tópico, adota-se como título a eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, em virtude da mesma retratar de maneira mais genérica todas as possíveis relações privadas existentes, uma vez que algumas relações entre os particulares, são mais desiguais do que outras.

Quanto à sua eficácia, que inicialmente tinha o Estado o “grande vilão” frente aos direitos fundamentais, diante da evolução e complexidade das relações sociais, descobriu-se que os sujeitos privados, especialmente quando dotados de poder (social ou econômico), podem ser os verdadeiros “inimigos” desses direitos fundamentais.

Os estudiosos do tema, afirmam que mesmo tratando-se de relação entre particulares de maneira desigual, a mesma se apresenta como uma relação de “poder-subordinação”, frente à desigualdade material entre as partes, que pode ocorrer entre pessoas físicas, entre pessoas jurídicas e entre pessoa física e pessoa jurídica (STEINMETZ, 2004).

Este poder de cunho econômico ou social visa, na sua essência, condicionar, restringir ou eliminar as liberdades do outro. Trata-se de fenômeno histórico e social, que se manifesta em todas as épocas e níveis das relações sociais.

Frequentemente, ouvem-se notícias veiculadas de empresas privadas, geralmente ligadas à era da informação, como por exemplo o grupo META cujo CEO³ é Mark Zuckerberg, que administra receita financeira superior ao PIB de muitos países subdesenvolvidos. Neste cenário, não se pode ignorar grandes grupos empresariais que atuam com destreza e superioridade absoluta tanto em suas relações privadas, quanto em suas relações com entes públicos, inclusive.

A relação jurídica dos particulares, em conformidade aos direitos fundamentais, foi enfrentada pela doutrina e jurisprudência de diversas formas, levando-se em conta os sistemas constitucionais, culturas jurídicas e realidades distintas (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 62).

Sarmento (2008) afirma que praticamente toda a discussão travada sobre a incidência dos direitos fundamentais na esfera privada se restringe aos direitos individuais, ditos de primeira dimensão.

Sobre as teorias dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, Sarmento (2008, p. 190) aponta: a) teorias negativas, que são as que rejeitam a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas; b) teoria de eficácia indireta e mediata; c) teoria da eficácia direta e imediata; d) teoria que reduz a discussão sobre a eficácia interprivada dos direitos fundamentais à doutrina dos deveres estatais de proteção daqueles direitos; e) teorias alternativas e mistas.

A teoria que nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas decorre de uma visão vinculada ao liberalismo clássico, enraizada no texto constitucional alemão, onde se defendia que os direitos fundamentais representavam exclusivamente direitos de defesa, não podendo ser invocados como direito individual subjetivo.

Sua aceitação encontrou maior difusão no direito norte-americano, onde é um axioma do direito constitucional universalmente aceito que os direitos fundamentais, impõe limitação aos Poderes Públicos⁴. A teoria que nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, principalmente difundida no direito norte americano, está intrinsecamente ligada à cultura daquele País que exalta a “liberdade” e o “individualismo”, em total contraposição aos valores da Lei Maior brasileira, que preconiza a solidariedade.

Em relação à teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais na esfera privada, foi desenvolvida na doutrina alemã, aplicada predominantemente na Corte Constitucional

³ CEO é uma sigla para o idioma inglês que vem da expressão “*Chief Executive Officer*” (que pode ser traduzido como Diretor Executivo). O conceito refere-se ao cargo ocupado pela pessoa que tem a maior responsabilidade administrativa em uma empresa.

⁴ Segundo Sarmento (2008, p. 189), outra justificativa para a doutrina *State action* está atrelada ao pacto federativo. Nos Estados Unidos compete aos Estados e não a União, legislar sobre direito privado.

daquele País, considerada como teoria intermediária entre os que negam a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e aqueles que sustentam a incidência direta destes direitos na esfera privada (SARMENTO, 2008, p. 198).

Para Andrade (1983, p. 276), o Estado como sujeito passivo dos direitos fundamentais, deve proteger estes direitos de contra-ataques, mesmo por entidades privadas, entretanto esta proteção se dá através do direito privado.

Segundo o defendido por esta teoria, os direitos fundamentais nas relações entre particulares não iria produzir direitos subjetivos, apenas ingressaria no direito privado para fins de interpretação como postulado básico.

Defende-se que os direitos fundamentais não podem ter aplicação moderada nas relações entre os particulares, sob o pretexto de constituir apenas como uma cláusula geral e dar maior segurança ao sistema jurídico. Pensar assim levaria a admitir uma carga de efetividade menor com relação à outros direitos fundamentais oriundos do mesmo instrumento jurídico.

A teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada, por sua vez inicialmente defendida na Alemanha, teve maior aceitação na Espanha e em Portugal, sendo neste último, incorporada na sua Constituição Portuguesa.

Em síntese, não existe qualquer intermediação hermenêutica para aplicação dos direitos fundamentais, visto que são direitos que podem ser invocados diretamente pelos particulares, de maneira subjetiva.

Segundo Sarmiento (2008, p.205):

Cumprir destacar, no entanto, que os adeptos da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não negam a existência de especificidades nesta incidência, nem a necessidade de ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos no caso.

A esse respeito, Steinmetz (2004, p. 167) defende:

Postula-se por uma eficácia não condicionada à mediação concretizadora dos poderes públicos, isto é, o conteúdo, a forma e o alcance da eficácia jurídica não dependem de regulações legislativas específicas nem de interpretação e de aplicações judiciais, conforme aos direitos fundamentais, de textos de normas imperativas de direito privado, de modo especial, daqueles portadores de cláusulas gerais.

Surgiu também na Alemanha a teoria dos deveres de proteção e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Tratava-se de uma variação da teoria da eficácia indireta, visto que torna a proteção destes direitos na esfera privada refém da vontade incerta do legislador ordinário. Por fim, a teoria da convergência estatista, onde mesmo tratando-se de uma relação

desenvolvida na esfera privada, existe uma prévia autorização explícita ou implícita da ordem jurídica estatal (SARMENTO, 2008, p. 221).

Feita esta digressão acerca das variações das teorias existentes sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, desde já, a realidade da sociedade contemporânea, acolhida pela Magna Carta, não permite outra interpretação a não ser pela eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada.

Como ensina Vecchi (2011), não existem mais razões para negar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais sobre as relações particulares, visto que no bojo dos inúmeros dispositivos da própria norma constitucional existem exemplos da sua incidência, tais como: a indenização por dano moral e o direito de resposta (inciso V do art. 5º da CF de 1988); a maior parte dos direitos fundamentais dos trabalhadores, como o gozo de férias anuais remuneradas (inciso XVII do art. 7º da CF de 1988) entre tantos outros.

A Constituição Federal é instrumento socialmente necessário para a preservação e promoção dos direitos fundamentais ante as transformações, sobretudo no plano das relações de poder, das sociedades capitalistas contemporâneas. Dizendo de outro modo, a vinculação dos particulares a direitos fundamentais além de relevância constitucional tem relevância social (STEINMETZ, 2004).

Dito isto, não é por acaso, em decorrência da manifesta desigualdade e vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo, por exemplo, que sobreveio a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 que regula a matéria em questão, estabelecendo normas de proteção de ordem pública e interesse social.

Neste particular, tem-se, portanto, esclarecida a questão acerca da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, que defende-se nesta pesquisa, caracterizada pela desigualdade material e assimetria da relação jurídica estabelecida, onde não há margem para negociações, existindo manifesta posição de vulnerabilidade de um particular frente ao outro. Em síntese, trata-se da falta de paridade entre os particulares.

Nestas relações privadas, onde ambos os particulares são detentores de direitos e garantias fundamentais, acaba por potencializar uma colisão de direitos.

É indiscutível que as normas de direitos fundamentais positivadas não se aplicam seletivamente ou autorizam exclusão de quaisquer destinatários, sejam eles vinculados a segmentos, grupos ou determinada categoria da sociedade brasileira.

O constituinte brasileiro, ao conceber a Constituição Federal, através da sua estrutura normativa básica, buscou assegurar direitos e garantias fundamentais, com fulcro num Estado social⁵, solidário e humanizado.

Mas não é só isso. Em razão da ampliação dos direitos fundamentais por força do desenvolvimento e transformações sociais, aliada à velocidade e complexidade destas relações, também denominados “novos direitos”, sejam eles da quarta ou quinta dimensão, conforme abordado anteriormente, seria despropositado negar a vinculação e eficácia sobre as relações particulares.

Os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal têm como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) disseminado enquanto princípio fundamental autônomo⁶, sobre todas as relações da sociedade, irradiando inclusive nas relações entre particulares. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais aplica-se a toda ordem jurídica, inclusive no direito privado, em respeito ao princípio da unidade do ordenamento jurídico.

No ponto, Andrade (1983, p. 274) leciona:

Afirma-se que os direitos fundamentais como princípios constitucionais não podem deixar de aplicar-se em toda a ordem jurídica e, portanto, também na área do direito privado (princípio da unidade do ordenamento jurídico); em segundo lugar, põe-se em relevo a necessidade de proteger os particulares não apenas perante o Estado, mas também, pelo menos, perante indivíduos ou entidades privadas que sobre eles exercem ou estão em condições de exercer verdadeiros poderes, jurídicos ou de facto.

O legislador constituinte não faria constar na lei básica texto normativo desnecessário ou desprovido de sentido. Neste particular, a norma constitucional determina de maneira clara que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata (CF, art. 5º, §1º).

A eficácia integral dos direitos fundamentais de todas as dimensões em todas as relações, públicas e privadas, deve ocorrer de maneira plena e imediata, para enfrentar a desigualdade social e econômica do mundo globalizado.

⁵O Estado de bem-estar social, ou Estado-providência, ou Estado social, é um tipo de organização política, econômica e sociocultural que coloca o Estado como agente da promoção social e organizador da economia. Nesta orientação, o Estado é o agente regulamentador de toda a vida e saúde social, política e econômica do país, em parceria com empresas privadas e sindicatos, em níveis diferentes de acordo com o país em questão. Cabe, ao Estado de bem-estar social, garantir serviços públicos e proteção à população, provendo dignidade aos naturais da nação” (LEAL; RIBEIRO, 2014, p. 146).

⁶ Segundo Steinmetz (2004), “é um princípio constitucional porque está – e dizer isto é já um truísmo – expressamente formulado na CF. (Há também princípios constitucionais implícitos). Segundamente, é um princípio fundamental porque juridiciza um valor ético que, de um lado, projeta-se sobre todo o ordenamento jurídico, e, de outro, dá ao ordenamento jurídico fundamento ou justificação. Terceiramente, é princípio autônomo no sentido de que não é o resultado de uma atividade de dedução ou indução a partir de outros princípios, eis que tem formulação expressa em enunciado linguístico específico”.

Nesse sentido, Steinmetz (2004, p. 87) pontua:

Ora, no mundo contemporâneo, o Estado não é o único sujeito capaz de condicionar, restringir ou eliminar a liberdade das pessoas (indivíduos ou grupos). Nas relações horizontais, entre particulares, também se verifica, amplamente, a capacidade de alguns sujeitos condicionarem, restringirem ou eliminarem as liberdades de outros sujeitos.

Essa necessidade é ainda mais imperiosa em contextos sociais caracterizados por grave desigualdade social e assimetria de poder, como ocorre no Brasil. Em quadros como o da sociedade brasileira, excluir as relações privadas do raio de incidência dos direitos fundamentais importa em mutilar seriamente estes direitos, reduzindo a sua capacidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 61).

A exemplo do que ocorre com inúmeras relações entre particulares, onde uma detém maior poder seja econômico ou social, podendo de maneira direta ou indireta restringir ou eliminar a liberdade de outrem, pode-se afirmar que numa relação de emprego tal assimetria entre empregador e empregado manifesta-se de maneira mais visível, visto que ao obreiro não é dado muita escolha, limitando-se ao ato de aderir ou não ao respectivo contrato de trabalho.

Portanto, as relações de emprego, com maior razão, por conter como elemento caracterizador a subordinação e vulnerabilidade do trabalhador e, por outro lado, neste mundo globalizado e cada vez mais competitivo, marcado pela desigualdade entre as partes, merece também a plena aplicação dos direitos fundamentais.

2.5 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Nos dias atuais, é inquestionável a necessidade da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, inclusive no âmbito das relações de emprego. Entretanto, nem sempre foi este o entendimento e pensamento predominante, a exemplo do que restou sedimentado pela doutrina e jurisprudência acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, em decorrência da desigualdade entre as partes, onde uma se sobrepõe à outra por força do poder econômico e social.

Com mais forte razão, verifica-se a desigualdade material entre as partes numa relação de emprego. Desde os primórdios do Direito do Trabalho é inegável o desequilíbrio contratual e econômico entre as partes envolvidas, até mesmo por isso, desde o nascedouro deste ramo do direito, deu-se ênfase ao princípio da proteção.

O princípio da proteção fundamenta-se nessa posição desfavorável em que o trabalhador se põe perante o empregador, já que, quando há carência de emprego no mercado de trabalho, a tendência é que haja por parte do empregado abdicação de direitos em troca de empregabilidade.

Segundo Camino (1999, p. 57), “a síntese do princípio da proteção é traduzida na ideia de compensação. Compensa-se, no plano jurídico, a desigualdade no plano econômico. Essa compensação também se traduz na desigualdade, expressa no *favor iuris* que privilegia o hipossuficiente”.

Não obstante, a maioria da doutrina sustenta a aplicação direta e imediata dos direitos sociais, por força do art. 5º, §1º, do texto constitucional, tanto na sua eficácia vertical (Estado *versus* particular), quando na horizontal (particular *versus* particular), visto que o constituinte originário não criou obstáculos para a concretização destes direitos, diante da dignidade da pessoa humana.

Em primeiro lugar, é preciso pontuar a existência de direitos fundamentais específicos e inespecíficos. Os direitos específicos são aqueles vinculados aos direitos sociais, que constam expressamente no catálogo constitucional, em especial no art. 7º, e visam precipuamente salvaguardar e elencar os direitos sociais trabalhistas, entre trabalhadores e (empregadores) públicos ou privados, não havendo maiores questionamentos ou polêmicas acerca da sua aplicabilidade nas relações de trabalho ou de emprego (BRASIL, 1988).

Quanto a estes direitos fundamentais (art. 7º a 11º), como regra geral, não comportam qualquer limitação, excepcionalmente eventual restrição destes direitos só poderá ser aceita e considerada como legítima com a participação do respectivo ente sindical, nos termos do art. 7º, incisos VI e XV do texto constitucional (BRASIL, 1988).

Segundo Vecchi (2006, p. 182):

Os direitos humanos fundamentais sociais específicos dos trabalhadores, ou seja, os direitos trabalhistas, que, ao longo do processo histórico de afirmação dos direitos humanos fundamentais, foram alçados a esse patamar, são, em geral e em grande parte, sem maiores questionamentos, diretamente aplicáveis e exigíveis perante os empregadores. Direitos humanos fundamentais como a limitação da jornada de trabalho e as férias, como exemplos, aplicam-se nas relações privadas sem contestações por parte da doutrina e da jurisprudência. Resulta clara a eficácia desses direitos nas relações privadas, o que é inegável da própria formulação de sua previsão constitucional, de acordo com o resultado do processo interpretativo feito pela doutrina e pela jurisprudência. Exemplos disso são os direitos previstos no art. 7º. da CF de 1988, em geral, diretamente aplicáveis nas relações privadas.

O problema reside nos direitos fundamentais inespecíficos, que não são destinados especificadamente aos trabalhadores, mas destinados a qualquer pessoa humana que, não raras

vezes, têm seus direitos existenciais violados, sob as mais diversas alegações, circunstâncias ou pretextos.

Neste particular, pode-se definir direitos existenciais como a expressão de direitos fundamentais ligados a um rol básico de direitos que surgiram do direito natural e da evolução histórica, constituindo-se, segundo consenso social, no mínimo que deve ser observado em qualquer sociedade (SIQUEIRA JÚNIOR, 2008, p. 255).

É justamente por conta desta relação contratual subordinada e de dependência que pode aflorar, com maior potencialidade, violação aos direitos fundamentais inespecíficos como os da liberdade de expressão, intimidade, vida privada, imagem, liberdade religiosa, entre tantas outras.

Segundo Vecchi (2006, p. 183):

A doutrina espanhola cunhou como direitos “inespecíficos” aqueles direitos humanos fundamentais que o trabalhador tem não como trabalhador, mas como pessoa humana, como cidadão que faz parte de uma determinada sociedade (liberdade de expressão, intimidade, própria imagem, devido processo legal, como exemplos). Surgem, então, questionamentos sobre a maneira como esses direitos podem ser exercidos perante o empregador e no local de trabalho. A questão a ser posta é aberta pela pergunta sobre se o trabalhador pode ou não ser despedido de seus direitos que lhe são reconhecidos como pessoa humana enquanto figura na posição de empregado. A questão é saber se aqueles direitos configurados como de primeira dimensão se aplicam ou não dentro da relação de emprego. A nota a ser salientada sobre o problema é de que o empregado não perde a condição de pessoa humana, de cidadão, ao ingressar na relação de emprego, na qual necessita que os vários aspectos de sua personalidade e dignidade sejam protegidos, ou seja, não basta apenas a proteção dos seus direitos sociais, mas também importa ser tratado com dignidade e respeito.

Assim, são robustos os argumentos favoráveis à fundamentabilidade e à eficácia imediata dos direitos sociais. Nessa linha, considerando que o direito ao trabalho está expressamente inserido no rol dos direitos fundamentais de segunda dimensão, nos termos do art. 6º da Constituição da República de 1988, não há dúvidas de que merece idêntico tratamento, com a mesma garantia por parte de todos os agentes políticos e funções estatais, além dos particulares (RENAULT; FABIANO, 2011).

Com muito mais razão, os direitos fundamentais inespecíficos possuem eficácia plena e imediata nas relações de trabalho ou emprego, visto que vinculadas à primeira dimensão, até mesmo porque o trabalhador quando vai laborar não pode se “despir” dos direitos existenciais que carrega consigo, inerentes à sua condição humana, deixando-os para o lado de fora da empresa.

Segundo Siqueira Júnior (2008), os direitos humanos de primeira e segunda dimensão não são antagônicos e contraditórios. Os direitos civis e políticos (primeira dimensão) exigem

uma prestação negativa do Estado, são direitos individuais em face do Estado, ao passo que os direitos econômicos, culturais e sociais (segunda dimensão) exigem uma prestação positiva do Estado, ou seja, uma intervenção política concreta para implementação dos referidos direitos.

Essas duas vertentes da atuação estatal (positiva e negativa) são perfeitamente compatíveis e igualmente de real importância. A plena realização dos direitos individuais surge com a realização dos direitos sociais. A liberdade de expressão só surge com a educação. O indivíduo só exerce realmente sua autonomia se assegurado um mínimo de direitos sociais concretos. Os direitos humanos de segunda dimensão reforçam e consagram a plenitude da dignidade da pessoa humana, que é o ponto nevrálgico dos direitos fundamentais.

Neste particular, não é possível separar o ser humano do trabalhador, que carrega atributos, individualidades e especificidades, inerentes à pessoa humana, até mesmo porque, numa relação de emprego, faz-se presente o requisito da “pessoalidade”. Ou seja, o empregador contrata a “pessoa” do trabalhador e não o resultado objetivo do seu trabalho. Em outras palavras, o que importa, na relação de emprego, é a pessoa do trabalhador, o tempo que o mesmo fica à disposição do empreendimento, aguardando ou executando ordens. Daí porque o contrato de trabalho tem por elemento central a fidedignidade, ou seja, a confiança recíproca entre empregado e empregador, colocando em voga o sujeito trabalhador, a sua dignidade, razão pela qual o trabalho não pode ser tratado como mercadoria, como objeto, já que por trás do trabalho, há o homem e a mulher que trabalham, sujeitos de direitos.

Assim, independentemente da atividade econômica, a autonomia da vontade e o poder diretivo ou empresarial do empregador, mesmo que não conste no contrato laboral os direitos sociais específicos ou inespecíficos do trabalhador, de qualquer sorte, o mesmo faz jus à proteção desses direitos, decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana.

Na hipótese de o obreiro manifestar expressamente renúncia ou abdicar de algum direito fundamental inespecífico, a referida manifestação de vontade não encontra guarida, visto que o trabalhador cidadão não pode abrir mão de direito intrínseco a sua condição humana, de natureza existencial, como preceitua o artigo 9º da CLT: “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação” (BRASIL, 1943).

Não se admite a privação voluntária de um direito concedido pela legislação trabalhista. A irrenunciabilidade se transformou em princípio do Direito do Trabalho. A irrenunciabilidade, para Rodriguez (2000), consiste na impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio.

A necessidade metodológica de aplicar os princípios constitucionais a todas as relações jurídicas, inclusive as intersubjetivas de natureza privada, fez com que se multiplicassem as ocasiões de colisão de princípios. São tais os casos que, por influência do direito norte-americano, passam a formar a categoria dos chamados casos difíceis (MORAES, 2010).

Se a relação de emprego, apesar das múltiplas tentativas de fraude, de precarização, de flexibilização e de desregulamentação do Direito do Trabalho, continua sendo o principal instrumento de acesso à inclusão social do trabalhador e de sua família, de distribuição de renda, de erradicação da pobreza, de diminuição das desigualdades e de dignificação da pessoa humana, não há motivos para privar os direitos fundamentais individuais e sociais trabalhistas de aplicabilidade e de eficácia imediata, independentemente de serem específicos ou inespecíficos.

A despeito de o empregador ser o titular do empreendimento econômico, o poder diretivo só tem lugar com o objetivo de dirigir a prestação de trabalho e está limitado pelos direitos de personalidade dos trabalhadores, o que implica na obrigação legal de manter um ambiente de trabalho seguro e sadio, garantindo aos trabalhadores o pleno exercício de seus direitos de personalidade (RENCK, 2010).

Portanto, se toda e qualquer pessoa humana, sujeito de direitos vinculados à liberdade de expressão, intimidade, vida privada e imagem, como exemplos, é detentora de dignidade (art. 1º, inciso III, da CF), alçada como um dos “fundamentos da República”, por qual razão ou motivo tais direitos não poderiam ser exercidos numa relação de emprego?

O que se quer num ordenamento jurídico democrático de direito, fundado na dignidade da pessoa humana, é a proteção integral da pessoa, no âmbito de qualquer relação jurídica, seja ela em face do Estado ou em face de outro particular, visto a unidade e indivisibilidade de todas as dimensões dos direitos fundamentais (VECCHI, 2011).

Nesse sentido, é inquestionável a eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais nas relações de emprego, em especial aqueles ligados à liberdade de expressão, intimidade, vida privada, imagem entre outros direitos inespecíficos. A dignidade da pessoa humana pressupõe a garantia de que o indivíduo não sofrerá ofensa à personalidade e a proteção para que o indivíduo desenvolva os seus direitos à personalidade na plenitude, inclusive nas relações de emprego (SIQUEIRA JÚNIOR, 2008).

Nas relações assimétricas, em particular nas relações de emprego, é imperioso garantir a dignidade da pessoa humana no que se refere aos direitos sociais fundamentais, sejam eles específicos ou não.

Na contemporaneidade, onde tudo é relativo e veloz, atingindo todas as esferas da sociedade, no campo social, familiar, econômico, cultural e também própria relação de trabalho, os direitos de personalidade devem ser considerados absolutos e universais, comportando restrições somente em situações excepcionais e desde que seja absolutamente imprescindível ao desenvolvimento da atividade econômica do empregador.

Toda e qualquer relação de trabalho, assim como as demais relações privadas, deve pautar-se pela dignidade da pessoa humana, assim como uma bússola este é o Norte a ser alcançado. Nesse sentido, Balera e Mussi (2008, p. 134) lecionam:

O que devemos ter presente e a impossibilidade de estabelecimentos de relações de trabalho que não estejam necessariamente referenciadas à dignidade da pessoa humana. A fim de que pudesse ganhar vigência na realidade social, a dignidade humana haveria de projetar-se no ambiente de trabalho a partir da nova correlação de forças que garantisse ao ator social mais fraco melhor proteção das estruturas sociais.

A proteção se faz necessária e deverá ocorrer de maneira efetiva e plena à pessoa humana, sob pena de não passar de um discurso pretensioso, sem qualquer amparo fático, desacreditado juridicamente.

Portanto, por qual razão não deveria a dignidade humana ser observada na relação de emprego? Não se está, aqui, fazendo alusão à dignidade da pessoa humana formal, esta é inerente ao direito positivado, na Carta Constitucional. Está-se falando da dignidade humana material, que busca a valorização do trabalho humano, assegurando uma existência digna.

Uma existência digna passa pelo respeito e observância aos direitos de personalidade no âmbito de uma relação trabalhista, sem que a prática ou abuso do poder diretivo do empregador possa, de maneira direta ou indireta, restringir ou anular este direito fundamental inespecífico de primeira dimensão do trabalhador cidadão.

A restrição aos direitos fundamentais inespecíficos somente é admissível em situações excepcionais e desde que seja absolutamente imprescindível ao desenvolvimento da atividade econômica do empregador, devendo pautar-se sempre pela razoabilidade e ponderação.

De acordo com Guerra Filho (2008, p. 306):

Esse limite, para nós, é a dignidade humana, que em uma situação concreta de colisão entre outros princípios e os direitos fundamentais a eles correspondentes não pode jamais ser anulada. Curiosamente, quando trata do princípio da dignidade humana, Alexy reconhece esse aspecto absoluto do princípio da dignidade humana, afirmando que a norma que o consagra teria uma natureza dúplice, sendo ora princípio, ora regra – portanto, para seguir o conceito que adota da norma que é princípio, a qual não se aplica sem um sopesamento, na base do tudo ou nada, a contrário das normas que são regras: Alexy, por vias transversas, reconhece assim o caráter especial da dignidade

humana, dando-lhe a qualidade de não ser totalmente relativizável, como os demais princípios, [...]

Como os direitos fundamentais inespecíficos guardam intrínseca relação com a dignidade da pessoa humana, sendo que a mesma pode ser considerada ora como “regra” ou “princípio”, numa eventual colisão de direitos fundamentais, deve ser sopesada e pautada pelo princípio da proporcionalidade, diante do caso em concreto.

Toda e qualquer pessoa humana é detentora de direitos da personalidade, por qual motivo no âmbito de uma relação de emprego não possa também exercer tais direitos? Não há motivo juridicamente sustentável, principalmente quando o empregador extrapola os limites do poder de fiscalização.

É bem verdade, que na órbita do teletrabalho em *home office*, este poder de fiscalização ocorre de maneira mais sutil, através de aparato tecnológico e virtual, como, por exemplo, o computador que é utilizado ao mesmo tempo como ferramenta de trabalho e mecanismo de controle. Mesmo assim, este poder abrandado atua de maneira muito mais eficaz, podendo guardar e processar uma série de informações do laborador, criando um perfil sob diversos aspectos do mesmo. Nesse sentido, o tema será melhor tratado no tópico. 4.1 do presente trabalho.

A valoração acerca da existência ou não de eventual violação ou conflito de direitos, depende da análise de cada caso em concreto.

Ressalta-se que é justamente essa colisão de princípios o ponto central da teoria de Robert Alexy, quando busca afastar a subjetividade na análise de fatos em que haja colisão de princípios. Para isso, utiliza-se da fórmula do peso para avaliar quando, no caso concreto, um princípio deve prevalecer sobre o outro. Aos princípios aplicam-se pesos tendo-se em consideração o fato concreto. A partir desse sistema de pesos é aplicada a fórmula do peso para se calcular qual princípio prevalecerá sobre o outro naquele fato específico, de forma concreta (CARNEIRO, 2018).

A solução para a colisão de direitos fundamentais parte da distinção entre regras (mandamentos de definição) e princípios (mandamentos de otimização), ambas subespécies de normas. As regras possuem como característica uma determinação, são menos genéricas que os princípios, não permitem flexibilização ou ponderação. Os princípios, por sua vez, são mais genéricos, ordenam algo que seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes (ALEXY, 2008).

Alexy (2008) afirma que os conflitos entre regras e as colisões entre princípios devem ser solucionadas de maneira completamente diferente, enquanto na primeira se insere uma

cláusula de exceção para eliminar um conflito ou declarar uma regra inválida, a segunda exige que um dos princípios deverá ceder em favor do outro (precedência), levando em consideração o caso em concreto.

Os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto os conflitos entre princípios, na dimensão do peso. Para a solução da colisão entre princípios, abstratamente do mesmo nível, se faz necessário utilizar a ponderação, visto que não existe hierarquia formal entre princípios. Esta ponderação se concretiza através do princípio da proporcionalidade ou também chamada por Alexy (2008) de máxima proporcionalidade.

No ponto, Alexy (2008, p. 117) leciona:

Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito) decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

Na Carta Constitucional brasileira inexistente cláusula expressa acerca da proporcionalidade, entretanto a mesma se concretiza diretamente da essência dos direitos fundamentais. O princípio da proporcionalidade se subdivide nos denominados subprincípios, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Enquanto o subprincípio da adequação diz respeito à escolha do meio melhor para obtenção do resultado pretendido, a necessidade ou exigibilidade apregoa que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou do outro direito fundamental, não podendo ser substituída por outra mais eficaz de maneira menos gravosa (BARROS, 2003).

Na legislação infraconstitucional, através do artigo 8º do CPC, existe previsão expressa, acerca da aplicação pelo Magistrado do mandamento hermenêutico relativo à proporcionalidade

A proporcionalidade, como princípio do Estado de Direito, é uma garantia fundamental para a concretização dos valores consagrados na CF. E essa proporcionalidade deve ser sopesada não pelos critérios pessoais do juiz e dos termos literais da lei, mas segundo padrões éticos da sociedade em que vive (TUCCI, 2015).

De acordo com Siqueira Júnior (2008, p. 118):

Para o art. 8º do NCPC, a aplicação do ordenamento jurídico, para atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, deverá resguardar e promover a dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III). E ocorrendo conflito entre os elementos importantes para a

configuração dos fins sociais e das exigências do bem comum, deverão ser observados, para a respectiva superação, os critérios hermenêuticos da proporcionalidade e da razoabilidade.

A proporcionalidade em sentido estrito, por sal vez, busca precipuamente indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. Importante destacar a diferença entre o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito: o primeiro cuida de uma otimização com relação às possibilidades fáticas, enquanto o segundo envolve apenas a otimização de possibilidades jurídicas (BARROS, 2003).

A esse respeito, Alexy (2008, p. 118) dispõe:

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.

Finalmente, se a relação de emprego continua sendo o principal instrumento de acesso à inclusão social do trabalhador e de sua família, de distribuição de renda, de erradicação da pobreza, de diminuição das desigualdades e de dignificação da pessoa humana, não há motivos para privar os direitos sociais trabalhistas da aplicabilidade e da eficácia imediata, independente se serem específicos ou inespecíficos.

A despeito de o empregador ser o titular do empreendimento econômico, o poder diretivo só tem lugar com o objetivo de dirigir a prestação de trabalho e está limitado pelos direitos fundamentais de personalidade dos trabalhadores, o que implica na obrigação legal de manter um ambiente de trabalho seguro e sadio, garantindo aos trabalhadores o pleno exercício de seus direitos de personalidade (RENCK, 2010).

O que se quer num ordenamento jurídico democrático de direito fundado na dignidade da pessoa humana é a proteção integral da pessoa humana, visto a unidade e indivisibilidade de todas as dimensões dos direitos fundamentais (VECCHI, 2011).

Segundo Häberle (2005, p. 150):

A dignidade humana constitui a “base” do Estado constitucional como *tipo*, expressando as suas premissas antropológico-culturais. Os Poderes Constituintes, “de mãos dadas” com a jurisprudência e a ciência, e mediante uma atuação também criativa, desenvolveram e construíram estes fundamentos. Acompanhar e seguir as fases do crescimento cultural e, com isso, também as dimensões da dignidade humana em permanente processo de evolução, é tarefa de todos: do Poder Constituinte até o cidadão, resultando no direito do cidadão à democracia.

Estes direitos inespecíficos estão sujeitos a limitações ou modulações? Sim, somente em situações excepcionais, desde que vital para a atividade empresarial, dependendo do caso concreto, sujeito à análise de ponderação e proporcionalidade, conforme exposto anteriormente.

A importância do tema privacidade junto a autores e perante a própria jurisprudência sempre existiu por conta do debate acerca dos limites do poder diretivo do empregador no desenvolvimento da atividade econômica dentro do ambiente empresarial.

A partir do surgimento de novas relações de trabalho, em especial do regime de teletrabalho em *home office*, onde o conflito deslocou-se para o ambiente doméstico, naturalmente passou a existir convergência entre as atividades da vida profissional e vida privada.

No capítulo a seguir, tratar-se-á do regime jurídico do teletrabalho no âmbito da CLT, estudando-se artigo por artigo.

3 O REGIME JURÍDICO DO TELETRABALHO

O teletrabalho apesar de muito difundido em outros países desde a década 1960, no contexto brasileiro começou a ganhar importância em meados 2004.

Inicialmente, através do Projeto de Lei n. 3129/2004 da Câmara dos Deputados, de autoria do deputado Eduardo Valverde. No Senado sua tramitação deu-se pelo Projeto de Lei da Câmara n. 102/2007, sendo sancionada como Lei 12.551, de 16 de dezembro de 2011.

No próximo tópico, será aprofundada a matéria quanto à modificação do art.6º da CLT, através da Lei 12.551/2011.

Com o advento da Lei 13.467/2017, denominada “reforma trabalhista”, o teletrabalho foi regulamentado entre os artigos 75-A e 75-E, sendo considerado um regime de trabalho exercido preponderantemente à distância, fora da sede da empresa, mediando o emprego de tecnologias de comunicação e informação (meios telemáticos).

Tal regime de trabalho foi potencializado e largamente utilizado com o advento da Pandemia da Covid-19, que determinou o isolamento social das pessoas como medida salutar para evitar a ampliação do potencial contágio pelo vírus.

Com o advento da pandemia, proibição de circulação de pessoas e risco de colapso da atividade econômica, sobreveio a Medida Provisória sob n. 927, de 22 de março de 2020 que dentre várias medidas trabalhistas, deu relevância ao teletrabalho, cuja a análise será objeto do tópico 3.2.

Com isso, em larga medida, os trabalhadores foram colocados em regime de teletrabalho, como forma de preservar a atividade empresarial e a própria continuidade da prestação laborativa. Os lares dos trabalhadores foram transformados em verdadeiros ambientes de trabalho, com todas as vantagens e problemas daí decorrentes.

O Executivo Federal por sua vez, em 27 de abril de 2021, optou em editar nova Medida Provisória sob n. 1046, tendo em vista que a medida provisória anterior havia perdido seus efeitos, novamente colocando à disposição do empresariado uma série de medidas trabalhistas, dentre elas, o teletrabalho.

A exemplo da medida provisória anterior, perfilha-se do entendimento que boa parte das medidas referente a adoção do teletrabalho naquela situação excepcional, beirava a inconstitucionalidade, tendo em vista que contrariava, uma série de institutos jurídicos do direito do trabalho que são fruto da construção doutrinária, jurisprudencial e oriunda de direitos fundamentais, que serão apreciados no tópico 3.3.

Portanto, estes são os marcos jurídicos em se tratando de teletrabalho que serão demandados nos próximos tópicos.

3.1 O REGIME DE TELETRABALHO NO ÂMBITO DA CLT

No Brasil, o tema inicialmente foi tratado em 2011. Com efeito, o Art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho, recebeu uma nova redação, incluindo alterações com a promulgação da Lei n. 12.551/2011, nos seguintes termos:

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

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio (BRASIL, 2011).

Nesse sentido, a Lei n. 12.551, de 15 de dezembro de 2011 teve o objetivo de igualar, em direitos e deveres, o empregado presencial e o empregado que exerce as suas atividades à distância.

A Lei n. 12.551/2011 surgiu para regulamentar o uso de novas tecnologias nas relações de emprego, sobretudo no que atine à supervisão do trabalho, que ganhou novas perspectivas na contemporaneidade. Foi essa, inclusive, a justificativa utilizada pelo deputado Eduardo Valverde, autor do Projeto de Lei n. 3.129/2004 (ROCHA; MUNIZ, 2013, p. 105).

Nessa medida, a Lei n. 12.551/2011 superou certa controvérsia que se apresentava na jurisprudência relativamente ao enfrentamento do debate sobre a existência (ou não) da relação de emprego no tocante às situações de teletrabalho. O óbice que geralmente se colocava dizia respeito à falta de subordinação jurídica, entretanto foi plenamente superado pela nova redação do art.6º da CLT, a partir de 2011 (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 137).

Para Esteves e Cosentino Filho (2019, p. 32-33):

O legislador brasileiro alterou o artigo 6º da CLT, no sentido de adaptar a norma jurídica trabalhista à realidade da universalização da telemática nas relações sociais. Através da lei n. 12.551, de 15 de dezembro de 2011 foram reconhecidos os efeitos jurídicos do poder diretivo do empregador exercido por meios telemáticos e informatizados, equiparando aquele exercido por meios pessoais e direitos.

Cabe aqui, antes mesmo de adentrar nos artigos propriamente ditos, relacionados ao tema teletrabalho, fazer uma crítica à Lei 13.467/2017, que ao incluir o inciso III no artigo 62 da CLT, fez distinção colocando o teletrabalhador fora do regime de duração do trabalho.

Neste particular, o legislador infraconstitucional foi na contramão dos compromissos dos direitos fundamentais sociais, bem como do próprio artigo 6º da CLT alterado pela Lei n. 12.551/2011 em não fazer qualquer tipo de distinção entre trabalho presencial e trabalho remoto, buscou não contemplar esta modalidade de trabalho da duração normal do trabalho.

Segundo Delgado e Delgado (2017, p. 53):

Entretanto, a regulação do teletrabalho pela nova lei n. 13.467/2017 não cria qualquer direito específico para o empregado enquadrado nesse novo regime laboral. Ao invés, considera-o, a propósito, expressamente situado fora das regras protetoras da duração do trabalho (novo inciso III do art.62 da CLT). Ou seja: trata-se, indubitavelmente, de uma regulação normativa, porém sem qualquer direito trabalhista específico.

Para Silva (2019) os artigos 62, III, e 75-A da CLT reclamam interpretação restritiva, dada sua excepcionalidade, visto que o teletrabalho somente deveria retirar o direito às horas extras e congêneres se for efetivamente incompatível com o controle de jornada.

A situação em apreço será melhor tratada no tópico 3.5, entretanto desde já destaca-se que o posicionamento aqui defendido é no sentido de que, por força da vedação do retrocesso social e por previsão constitucional, em matéria de teletrabalho, existe limitação à jornada de trabalho, visto que se trata de um direito social fundamental trabalhista.

Independentemente das circunstâncias, promessas ou fatos que levaram a criação da Lei n. 13.467/2017, inquestionável é que mesmo de maneira tímida, a mesma tratou de alguns temas de relevância e impacto na órbita do direito do trabalho.

Sob esta perspectiva, sem sombra de dúvida, o Teletrabalho é uma delas.

Após praticamente quatro anos da sua vigência, sendo que nos últimos dois anos, em plena “pandemia” do Coronavírus, período onde se acentuaram várias incertezas, o teletrabalho ganhou relevância, fazendo hoje parte do cotidiano de boa parte da população produtiva, no âmbito mundial.

O legislador pátrio, através dos artigos do artigo 75-A a 75-E da CLT (dispositivos esses introduzidos na norma celetista pela Lei n. 13.467/2017), de maneira pouco satisfatória, tratou do Teletrabalho, sendo que perdeu-se, na época, a oportunidade de debater, aprofundar e aprimorar o assunto, parametrizando-se com a melhor doutrina e legislação estrangeiras sobre o tema em questão.

O artigo 75-A indica tratar-se o teletrabalho de um regime de prestação de serviços por parte do empregado. Em que pese possa parecer informação óbvia ou de pouca relevância, existiu divergência doutrinária acerca da questão, ora entendendo o teletrabalho estar vinculado a uma modalidade contratual, ora entendendo tratar-se de uma modalidade organizacional.

Nos dias atuais, o assunto está pacificado com a correta compreensão de que o teletrabalho está vinculado a uma modalidade organizacional. Tratando-se de uma nova maneira de trabalhar, levando-se em conta uma sociedade cada vez mais pautada pelas tecnologias de comunicação e informação.

Segundo Fincato (2019, p. 63), a Lei n. 13.467/2017 altera o *status quo* da igualização genérica outrora estabelecida entre o trabalho à distância e o trabalho presencial pelo artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT e nela abre capítulo para acomodar a normatização do teletrabalho, a exemplo do que fez Portugal ainda em 2003 em seu Código do Trabalho.

Em síntese, o artigo 75-A da CLT anuncia a inserção do regime de teletrabalho na legislação infraconstitucional, sendo que nos dispositivos legais subsequentes busca reger diversas questões, dispostas no respectivo capítulo.

O artigo 75-B do mesmo diploma legal buscou definir o conceito de Teletrabalho, trata-se de uma atividade realizada preponderantemente fora do estabelecimento empresarial. Contudo, nos termos do parágrafo único, o fato do empregado eventualmente ser chamado para o labor na sede da empresa, por si só, não desnatura o teletrabalho. Há, ainda, a possibilidade do teletrabalho ser realizado de forma remota, ou seja, em deslocamento, no ônibus, no carro, em qualquer lugar com conexão, que não o domicílio do empregado e a sede da empresa.

A característica que o diferencia do trabalho externo ou do trabalho a domicílio é a utilização da tecnologia de informação e comunicação, denominada usualmente como TIC.

Segundo Fincato (2019, p. 12), no art. 75-B da CLT, seguindo o exemplo de ordenações estrangeiras e o próprio costume da CLT, o legislador ocupa-se em positivar a conceituação do teletrabalho, acertadamente identificando-o como mera forma diferenciada de prestar serviços. Com isto, afasta-se a ideia de que os teletrabalhadores ocupariam categoria profissional diferenciada, por exemplo, eis que qualquer atividade em que possível a transmissão/realização do trabalho pelas tecnologias de informação e comunicação torna-se passível de teletrabalho.

Para Nunes (2018, p. 192) o dispositivo em tela traz o conceito de teletrabalho, já existente na doutrina. Com relação à prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, apesar de não excluir as prestações de teletrabalho em Telecentros, Sabe-se que telecentro não é uma filial, porém poderá ser uma dependência do empregador, que servirá apenas como abrigo dos teletrabalhadores para exercício do teletrabalho em local diverso da sede empresarial.

Outra questão relevante foi abordagem, por Krost (2019, p. 544) questionando o conteúdo do termo “preponderante” do referido artigo: refere-se à unidade de tempo, em horas

por dia, horas ou dias por semana, horas, dias ou semanas por mês? Pode dizer respeito, ainda, à unidade de obras ou projetos em que atua o empregado, em fases de planejamento, desenvolvimento ou execução?

Entende-se que a questão fulcral reside no fato de que as atividades laborativas são desempenhadas em boa parte fora das dependências do empregador, utilizando como ferramenta de trabalho o aparato telemático ou informático.

Para Toledo Filho (2019, p. 21):

Como claramente se denota, o legislador ateve-se aqui aos requisitos centrais universalmente aceitos para a configuração do teletrabalho: a) prestação de serviços fora do centro de atividade patronal; b) mediante a utilização de tecnologias de informação e comunicação. É este o mesmo critério adotado pelo legislador português, consoante se extrai do artigo 165 do respectivo Código de Trabalho, segundo o qual “considera-se teletrabalho a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através de recurso a tecnologias de informação e de comunicação.

A definição do Teletrabalho é controversa na doutrina, com variações terminológicas e conceituais, estabelecendo divisões ou classificações distintas que serão melhores abordadas no tópico 3.4.

De qualquer sorte, acredita-se que o conceito adotado pela CLT poderia ter sido melhor elaborado, diante da grande variedade de espécies, classificações, modalidades e tipos de Teletrabalho existentes, daí entender-se como insuficiente e incompleto.

Quanto ao parágrafo único do 75-B da CLT, é sabido que esta modalidade organizacional necessariamente deve ser executada em local diverso da sede empresarial, sendo que, por exigências relacionadas a atividade laboral desempenhada, ou seja, “atividades específicas”, pode ocorrer a necessidade do obreiro ter que comparecer no respectivo estabelecimento, não desnaturando o regime de trabalho especial. Entretanto, como observado por Krost (2019, p. 544) o critério de preponderância deve ser fora da empresa.

No tocante, relevante as considerações de Toledo Filho (2019, p. 21):

O aspecto fundamental a considerar-se aqui tem a ver com a intensidade do labor assim realizado: deverá a mesma ser preponderante. Significa isto dizer que, ainda quando o empregado trabalhe com frequência em tal regime, ele estará juridicamente desvirtuado se não houver uma clara prevalência diante das tarefas desempenhadas sob controle patronal direto ou presencial. O legislador brasileiro foi, neste particular, mais incisivo – ou restritivo – que o legislador português. Bem por isso, tratou de expressamente esclarecer que a presença circunstancia do empregado no estabelecimento empresarial, só por si, não desnaturaria o regime de teletrabalho. Logo, a contrário sensu, se tal presença assumir uma índole intensa ou cotidiana, sim haverá a inevitável descaracterização deste regime.

A doutrina já adverte que ao teletrabalhador é recomendável a ida às dependências do empregador para uma maior interação com outros trabalhadores, para reuniões de trabalho e outras atividades específicas (p. ex., treinamentos, reuniões, exames médicos periódicos), para minorar a desvantagem do isolamento social inerente à atividade e, por consequência, prevenir doenças. Por isso, é sedimentado que essa presença eventual do empregado no estabelecimento empresarial não descaracteriza a pactuação de teletrabalho (NUNES, 2018, p. 193-194).

A seu turno, o artigo 75-C da CLT prevê que esta modalidade especial de trabalho deverá constar expressamente no contrato de trabalho, bem como especificar quais as atividades laborativas que o empregado deverá realizar em favor da atividade empresarial.

Sobre este ponto, Fincato (2019, p. 12) aborda o contrato de trabalho que deverá ter forma expressa escrita, em razão da quantidade de temas que devem ser regradados de maneira inequívoca entre as partes, devendo-se registrar com a maior exatidão possível as atividades que serão realizadas pelo empregado em regime de teletrabalho.

A CLT já exige, no ato de admissão para o exercício de qualquer emprego, a obrigatoriedade da Carteira de Trabalho e Previdência Social (artigos 13 e 29), na qual deve constar o cargo, função e jornada de trabalho, segundo a Portaria n. 41/07 do Ministério do Trabalho e Emprego, que disciplina seu registro e anotação. Assim, o teletrabalho já deve constar na própria CTPS do empregado (NUNES, 2018, p. 194).

Sobre o artigo em questão, Krost (2019, p. 547) leciona a necessidade de ajuste escrito do contrato de trabalho, tornando o termo correspondente uma solenidade. A inobservância da imposição normativa provoca o desvirtuamento do pacto especial e, por consequência, afasta, completamente, a incidência das disposições específicas do “Capítulo II - A Do Teletrabalho”, naquilo que for menos protetivo ao empregado. Acrescenta, ainda, a necessidade de especificação das atividades do trabalhador, imposição justificada pela pretensa complexidade do conceito de teletrabalho trazido pelo art.75-B da CLT, conjugando elementos referentes ao espaço (serviço preponderantemente fora da empresa), ao tipo de ferramentas (uso de tecnologias de informação e de comunicação) e à diferenciação de outros serviços aparentemente semelhantes (que não se constituam trabalho externo).

Para Correia e Miessa (2018, p. 238) para a contratação de empregado na modalidade teletrabalho, a legislação exige solenidade, pois a condição de teletrabalhador deve constar expressamente do contrato individual de trabalho.

Defende-se que para esta modalidade de trabalho, a pactuação prévia por escrito de todas as obrigações, direitos, deveres, situações, circunstâncias ou especificidades que se fizerem necessárias é de suma importância, visto que ao contrário do modelo tradicional de

trabalho, onde diante da autonomia *do jus variandi* do empregador⁷, poderá o mesmo efetuar pequenas modificações. Entende-se que nesta modalidade diferenciada, a discricionariedade e a autonomia serão reduzidas por força contratual, que deverá contemplar todas as nuances desta modalidade de trabalho.

Na estrutura da CLT, a transformação da prestação de serviços de presencial para a modalidade teletrabalho exige o ajuste bilateral individual (art. 75-C, § 1º, CLT). Já o retorno ao módulo presencial pode ser feito por imposição unilateral do empregador (art. 75-C, § 2º).

O §1º do artigo 75-C da CLT permite a mudança do regime presencial para o Teletrabalho, que se dá através de aditivo contratual. Assim como visto anteriormente, o instrumento jurídico contratual, deverá abordar de maneira taxativa quais as atividades laborativas, serão exigidas a partir de então, visto que estas atividades não eram executadas anteriormente.

Pode-se citar em caráter ilustrativo, como exemplo, a interação com determinado *software* no exercício das atividades laborativas.

Estas mudanças que marcam a maneira e a forma de se trabalhar, impactam de maneira diversa de pessoa para pessoa, sendo que boa parte delas poderão apresentar dificuldades com as ferramentas tecnológicas, seja com a nova dinâmica de trabalho, visto que o teletrabalho tem uma rotina e organização totalmente diferente da atividade presencial na sede da empresa.

A este respeito, Toledo Filho (2019, p. 23) assevera:

As disposições contidas nos parágrafos primeiro e segundo merecem um comentário específico: nelas se denota uma evidente dissintonia entre a adoção póstuma do teletrabalho e a sua eventual reversão para o regime presencial, na medida em que somente para a primeira se exige a concordância do empregado. Conquanto, em um primeiro exame, possa parecer estar-se diante de uma questionável modulação da regra geral preconizada pelo artigo 468 da CLT, fato é que esta diferenciação tem sua lógica, ao marcar que, no contexto indicado, o regime de teletrabalho será uma modalidade laboral de exceção. Assim para passar-se do regime ordinário para o regime de exceção, será necessária a aquiescência do trabalhador, presumindo-se, na situação inversa, uma mera ou natural exteriorização do poder diretivo do empregador, visto que, então apenas se estará reestabelecendo a forma normal da prestação de serviços.

Não concorda-se com esse entendimento, pois o parágrafo em questão, do referido artigo, autoriza a mudança de regime de trabalho do trabalhador, entretanto não leva em

⁷ O empregador possui o poder de alterar unilateralmente algumas condições da prestação laboral em virtude de ser o detentor dos subsídios materiais necessários à consecução da atividade empresarial, ser aqueles que assumem o risco empresarial e, portanto aqueles que são permitidos pelo ordenamento jurídico a proceder a certas modificações que ele como os que possuem mais a perder e mais interesse no sucesso empresarial possuem também maior interesse e conhecimento para gerir o negócio a fim de manter (e aumentar) a produtividade e rentabilidade do negócio, corolário do capitalismo.

consideração as aptidões do obreiro ou os efeitos desta mudança de regime. Não bastasse isto, não se trata apenas das aptidões pessoais para o trabalho. De fato, deve-se levar em consideração também outras variáveis, como por exemplo as ferramentas de trabalho, tais como: qualidade de acesso à *internet*, ergonomia dos móveis e domicílio do empregado, entre outras.

Apesar do referido dispositivo legal fazer menção “de acordo entre as partes”, a realidade é outra, visto que o medo do desemprego e a crise econômica mitigam o consenso e tende a “aceitação” por parte do laborador.

Cabe destacar, ainda sobre o §1º do art. 75-C da CLT, a expressão utilizada de “mútuo acordo” trata-se de uma redundância, pois acordo significa convergência de interesses. Apresenta-se mais próprio o emprego da expressão “mútuo consentimento”, tal qual estabelecido no art. 468 da CLT (KROST, 2019, p. 548).

Na hipótese do §1º do artigo 75-C da CLT, mesmo havendo necessidade de mútuo consentimento, sabe-se que a liberdade contratual trabalhista deve ser relativizada, pois inexistente qualquer paridade, é evidente a desigualdade entre as partes, levando-se em conta inúmeras particularidades.

A crença na autonomia da vontade plena, por parte do prestador subordinado, quanto às cláusulas modificativas no contrato de trabalho, a quem não é dada outra escolha, beira a fantasia ou negação da realidade.

Nas relações assimétricas, em particular nas relações de emprego, é evidente o desequilíbrio material entre as partes, seja em decorrência da maior capacidade financeira do empresário, seja por conta da própria subordinação, requisito presente em qualquer relação de emprego.

É inquestionável a realidade em que a relação jurídica trabalhista estabelecida impede qualquer tratativa ou discussão, acerca de eventuais modificações de cláusulas contratuais em mesmo pé de igualdade com o empregador, por conta da dependência econômica e vulnerabilidade do empregado.

Neste ponto, Araújo (1996, p. 129):

Esse entendimento serve para explicar o fato de que a maioria dos contratos de emprego realizados na atualidade são, na verdade, contratos de adesão, em que a maioria dos trabalhadores, empurrados pela necessidade, aceita as condições que lhe são impostas pelos empregadores, [...].

A exigência de aditivo, tal qual referido na análise do *caput*, decorre de se tratar de fato excepcional nas relações de trabalho, exigindo prova formal. O único destaque a fazer, nesse particular, é que a modificação, pelo preceituado no art. 468 da CLT, não pode causar

prejuízo ao empregado, sob pena de nulidade, pela incidência do disposto nos arts. 9º e 444, ambos da CLT, bem como pelo princípio da proteção (KROST, 2019, p. 548).

Destaca-se, também, que a mudança do regime presencial para o de teletrabalho de maneira quase imediata, não parece apresentar a solução mais adequada, uma vez que não leva em consideração a complexidade do trabalho realizado, nem a aptidão do obreiro em adaptar-se à nova realidade de organização laboral e muito menos a quantidade, qualidade e complexidade das novas atividades a serem desempenhadas, desconhecidas até então.

A adoção de uma transição, com um prazo maior, demonstra maior sensatez, levando em conta um período de adaptação, pelas partes interessadas. Na medida do possível, é recomendável, também um acompanhamento médico e psicológico, durante a adaptação desta nova forma de trabalhar.

Durante o período pandêmico, onde boa parte da atividade econômica migrou para o teletrabalho, por força do isolamento social, diante de imposição sanitária, constatou-se que boa parte dos trabalhadores tiveram dificuldades na adaptação, dinâmica e execução nesta modalidade de trabalho.

No tocante ao parágrafo segundo do artigo 75-C da CLT, que assegura uma transição mínima de 15 (quinze) dias da mudança do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, apesar de entender-se como reduzido o poder diretivo empresarial diante do contrato trabalhista que estipula as obrigações e determina o modo de execução dos serviços nesta modalidade de trabalho. Entendeu o legislador pátrio de maneira diversa, ao facultar ao empregador de maneira unilateral a mudança.

Segundo Correia e Miessa (2018, p. 240) essa modificação independe de prévio acordo entre as partes da relação empregatícia e pode ser realizada de forma unilateral pelo empregador. Trata-se de nova hipótese de *jus variandi*.

Esta possibilidade de alteração de regime de teletrabalho para o presencial por determinação unilateral do empregador, poderá trazer prejuízos ao trabalhador, visto que teria que voltar a se deslocar ao ambiente empresarial, o que inevitavelmente traria maiores custos, incorrendo no artigo 468 da CLT que veda alteração prejudicial ao contrato de trabalho, seja de maneira direta ou indireta.

Aqui, mais uma vez, relevantes as considerações de Fincato (2019, p. 67):

A alteração pelo empregador do regime de teletrabalho para trabalho presencial não pressupõe mútuo acordo, mas aviso prévio mínimo de 15 dias, a ser expresso e escrito em aditivo contratual e com finalidade de permitir tempo de “transição”, segundo o texto legal. Esta situação parece aproximar-se da lógica da “reversão” do cargo de confiança à atividade antecedente, circunstância prevista no parágrafo único do artigo

468 da CLT (pré-citado), obviamente não se aplicando a hermenêutica à hipótese de teletrabalho originário. Ou seja, pela disposição legal, o exercício do teletrabalho não gera direito adquirido, não incorpora condição de forma perene é reversível nos limites da necessidade e do interesse empresarial. Vislumbra-se aqui espaço de possível tensão em eventuais demandas judiciais, em razão do previsto no art.468 da CLT que, aportado a um caso em concreto, pode revelar circunstância em que o teletrabalho será a condição mais benéfica ao trabalhador ou que sua reversão por iniciativa patronal gere prejuízos (diretos ou indiretos, na locução normativa) ao empregado.

Para Krost (2019, p. 549), não pode o *jus variandi* do empregador, assim entendida a projeção da assunção dos riscos do negócio e de seu poder diretivo, de modo unilateral, impor modificação de tal monta sem a concordância do empregado, por, pelo menos, dois fundamentos. O primeiro, pela quebra da lógica instituída no parágrafo anterior, tornando a modificação do regime presencial e de teletrabalho uma via de mão dupla apenas ao patrão, podendo o empregado se manifestar apenas quando se tornar um trabalhador à distância. O segundo, recai sobre a exclusão da “cláusula de barreira” (ausência de prejuízo ao trabalhador) como requisito essencial, tal qual previsto no art. 468 da CLT.

O artigo 75-D da CLT, por seu turno, prevê a responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e a infraestrutura necessária e adequada à prestação de trabalho à distância, bem como o reembolso de despesas arcadas pelo empregado, previstas em contrato escrito.

Segundo Delgado e Delgado (2017, p. 139, grifo nosso):

Não obstante certa imprecisão da Lei, nesse tópico, o fato é que a CLT segue a diretriz geral de que os custos e encargos relativos ao contrato empregatício e à prestação de serviços nele contratada cabem ao empregador, ao invés de ao empregado. Isso é o que deflui do próprio conceito de empregador explicitado pela ordem jurídica. De fato, o art.2º, caput, da CLT, enfatiza ser empregador “a empresa individual ou coletiva, que, **assumindo os riscos da atividade econômica**, admite, assalaria e dirige a prestação de serviços (grifos acrescidos). Nesse quadro, a regra do art.75-D da CLT tem de ser interpretada em harmonia com a regra do art.2º, *caput*, da mesma CLT, colocando sob ônus do empregador esses custos inerentes ao teletrabalho.

Como já foi dito anteriormente, a autonomia de vontade, via de regra, não é plena nas relações de emprego, a não ser tratar-se o empregado de um prestador de serviços com alguma qualidade diferenciada ou excepcional. Neste sentido, a vulnerabilidade e o desequilíbrio contratual entre as partes são evidentes, seja por conta da subordinação jurídica ou dependência econômica.

Nessa linha, Esteves e Cosentino Filho (2019, p. 55):

Não é preciso muito esforço intelectual para imaginar sobre quem recairá o ônus pela aquisição e manutenção dos equipamentos e despesas do empregado na execução do

seu próprio trabalho. O encargo certamente recairá sobre o lado mais fraco da relação, o do empregado. Trata-se de uma descarada transferência de custos e os riscos inerentes à atividade econômica ao empregado, sem que, no entanto, o empregado participe do lucro. [...]. A lei indica uma suposta liberdade na negociação, mas a desigualdade da relação social permanece. Assim, a sujeição do trabalhador ao capital sobre a modalidade de trabalho restará intacta.

A maioria da doutrina pátria preconiza que tais custos, relativos à aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, devem correr às expensas do empregador, até mesmo porque pertencente a ele o risco da atividade econômica, nos termos do artigo 2º da CLT.⁸

Para Nunes (2018, p. 195), entende-se que, para a empresa que pretende implantar o regime de teletrabalho, os custos dos equipamentos tecnológicos e sua manutenção devem ser do empregador e nunca do empregado, isso inclui gastos com *internet*, energia e outras despesas devidamente comprovadas que fazem com que os custos normais pessoais do empregado sejam majorados.

Nesse sentido, Fincato (2019, p. 12) sustenta que o art. 75-D refere à necessidade de registro no contrato escrito disposições sobre a aquisição, manutenção e fornecimento de equipamentos e infraestrutura para o trabalho remoto, incluindo nesta mesma lógica as despesas feitas pelo empregado para teletrabalhar. Deixa claro, ainda, que a entrega de utilidades ou o reembolso de despesas não integrará a remuneração do empregado. Entende-se que se as partes não dispuserem sobre equipamentos e despesas, pela lógica protetiva laboral, aliada ao fato de que, genericamente, é do empregador o risco do empreendimento, em eventual demanda judicial será atribuído ao empregador o dever de ressarcir os custos eventualmente arcados pelo teletrabalhador na composição da infraestrutura necessária à prestação do trabalho remoto.

De maneira mais contundente, Krost (2019, p. 550) esclarece:

Partindo de tal realidade, mostra-se dúbia e contraditória a redação do art.75-D da CLT, determinando que a responsabilidade pela aquisição, manutenção e fornecimento dos equipamentos, bem como pela infraestrutura essencial à prestação do teletrabalho e eventual reembolso, deverão ter previsão em contrato. Evidentemente que todas essas questões devem fazer parte do pacto, principalmente considerando seu aspecto solene. Contudo, deixou o Legislador de explicitar a quem cabe assumir tais despesas, indispensáveis à atuação do sujeito subordinado na relação sob modalidade à distância.

Portanto, entende-se que os custos com a estrutura do teletrabalho para a execução das atividades laborativas, a princípio, por força do artigo 2º da CLT, correm por conta do

⁸ “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” (BRASIL, 1943).

empregador. Sustenta-se, ainda, que um contrato escrito que trata da modalidade de teletrabalho não deve ficar adstrito somente à responsabilidade dos equipamentos tecnológicos ou infraestrutura, mas de uma série de peculiaridades e nuances, como a ergonomia do local de trabalho, o direito da opção tecnológica menos agressiva e a criação de limites à privacidade do teletrabalhador, conforme será pontuando com mais detalhes ao longo deste trabalho.

Quanto ao parágrafo único do artigo 75-D da CLT que prevê que as utilidades previstas no caput “não integram a remuneração do empregado” visa precipuamente não dar margem à qualquer discussão acerca da sua natureza jurídica.

Segundo Delgado e Delgado (2017, p. 139), tais utilidades “não integram a remuneração do empregado”, visto que são fornecidas para a prestação de serviços, não apenas para viabilizá-la como também para torná-la de melhor qualidade.

No tocante, Correia e Miessa (2018, p. 244) pontuam:

As utilidades fornecidas para o desenvolvimento do trabalho remoto mencionadas no *caput* do dispositivo não integram o salário do empregado. O recebimento dos equipamentos e infraestrutura não configura hipótese de salário-utilidade ou salário *in natura*. O salário do empregado poderá ser pago em dinheiro e parte em utilidades. No salário-utilidade *ou in natura* ocorre substituição de parta paga em dinheiro por utilidades que seriam adquiridas pelo empregado.

Por derradeiro, o artigo 75-E da CLT dispõe de maneira genérica que o empregador deve instruir os empregados, de forma expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de se evitar infortúnios decorrentes do trabalho.

A exemplo do que ocorre no regime de trabalho tradicional, segue a mesma lógica o regime de teletrabalho, em matéria relativa a Saúde e Segurança no Trabalho em conformidade com os artigos 156⁹, 157¹⁰ e 158¹¹ da CLT. Enquanto o artigo 157 atribui às empresas atuarem

⁹ “Art. 156 - Compete especialmente às Delegacias Regionais do Trabalho, nos limites de sua jurisdição: I - promover a fiscalização do cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho; II - adotar as medidas que se tornem exigíveis, em virtude das disposições deste Capítulo, determinando as obras e reparos que, em qualquer local de trabalho, se façam necessárias; III - impor as penalidades cabíveis por descumprimento das normas constantes deste Capítulo, nos termos do art. 201” (BRASIL, 1943).

¹⁰ “Art. 157 - Cabe às empresas: I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente; IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente” (BRASIL, 1943).

¹¹ “Art. 158 - Cabe aos empregados: I - observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior; II - colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo; III - conhecer, em segunda e última instância, dos recursos voluntários ou de ofício, das decisões proferidas pelos Delegados Regionais do Trabalho em matéria de segurança e higiene do trabalho. Parágrafo único - Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada: a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior; b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa” (BRASIL, 1943).

de maneira preventiva, cumprindo, instruindo, adotando normas de segurança e medicina do trabalho, os artigos 156 e 158 da CLT, por sua vez, exigem dos empregados e das Delegacias Regionais do Trabalho uma atuação colaborativa.

Segundo Nunes (2018, p. 196), não basta que os teletrabalhadores frequentem treinamentos e recebam cartilhas de órgãos oficiais acerca dos cuidados com saúde, higiene e segurança. Para além disso, o empregador deverá submetê-los a consultas periódicas com o fim de averiguar as condições de saúde física e mental, bem como visita marcada ao ambiente de trabalho, no caso de teletrabalho em domicílio, por exemplo.

Por tratar-se de uma modalidade de trabalho adotada mais recentemente em larga escala em diversos segmentos e atividades da sociedade, não é possível aferir todos os riscos e consequências sobre a saúde do teletrabalhador, sejam ergonômicos ou sociais.

Todos os fatores devem ser levados em consideração, sejam eles ligados à implementação de elementos materiais ou relativos à organização da produção quando se trata de Saúde e Segurança no teletrabalho *em home office*, tendo em vista a potencialidade de maiores riscos no meio ambiente laboral por dividir o mesmo espaço com o ambiente doméstico, repercutindo, por exemplo, diretamente na integridade psicofísica ou na privação de convívio sócio familiar

Segundo Maranhão (2018, p. 900) o conceito de poluição labor-ambiental compreende, justamente:

[...] o desequilíbrio sistêmico no arranjo das condições de trabalho, da organização do trabalho ou das relações interpessoais havidas no âmbito do meio ambiente laboral que, propiciado pela ingerência humana, gera riscos intoleráveis à segurança e à saúde (física e mental) do ser humano exposto a qualquer contexto laborativo.

Na elaboração do dossiê acerca da reforma trabalhista que resultou na edição da obra “Contribuição Crítica à Reforma Trabalhista” (GALVÃO *et al.*, 2017), constatou, ao analisar o artigo 75-E da CLT, não ser possível transferir ao empregado toda a responsabilidade em relação ao ambiente de trabalho, nos termos do artigo 75-E da CLT. Consta do estudo em questão:

No tocante às condições de saúde e segurança do trabalho, a única obrigação atribuída ao empregador é a de “instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar (Art. 75-E), o que não implica uma transferência completa da responsabilidade pela gestão da saúde e segurança do trabalho aos próprios trabalhadores, recrudescendo as chances de doenças e acidentes de trabalho, pois não há qualquer garantia de que o ambiente de será seguro e adequado ou que o empregado possuirá e despenderá os recursos eventualmente necessários à sua adaptação. Pelo contrário. A forma, o ritmo e a intensidade do trabalho estão sob controle do empregador, o que, por definição, torna essa transferência de

responsabilidade um mero salvo conduto jurídico para a instalação de processos intrinsecamente mais onerosos (GALVÃO *et al.*, 2017, p. 92).

Parte da doutrina discorre sobre possíveis riscos e consequências, na órbita pessoal, em decorrência do isolamento, maior possibilidade de depressão, ansiedade e insônia; na saúde do teletrabalhador propriamente dita, transtornos visuais e oculares, fadiga mental, desconforto ou dor nas costas, pescoço e mãos; no meio ambiente de trabalho a má iluminação, estrutura de trabalho inadequada, risco de choque elétrico, incêndio, entre outras.

No tópico, Toledo Filho (2019, p. 24) traz importante esclarecimento:

O preceito em foco estipula uma tímida – ou quase inócua – norma de medicina e segurança no trabalho. Se sua consecução pouco ou nada significará em termos de exonerar o empregador de responsabilidade trabalhista e previdenciária por conta de eventuais infortúnios que acometam o empregado em regime de teletrabalho, sua ausência ou descumprimento sim representará forte indicio de negligência patronal, dada a manifesta simplicidade da medida.

Segundo Fincato (2019, p. 12), esse dever de orientação não pode se resumir à elaboração e entrega ao empregado de um manual de boas práticas, genéricas e estáticas. O ato de instruir deve ser compreendido como em conceito dinâmico e mutante tanto quanto o ambiente e os métodos de trabalho. Daí defende-se que, de tempos em tempos, deva o empregador realizar alguma inspeção do ambiente laboral, assim como precaver-se dos acidentes e doenças laborais decorrentes, prevendo e registrando atitudes necessárias nesse sentido em uma gama ampla de documentos, tais como o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA) e o Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional (PCMSO), entre outros.

Na realidade, cabe ao empregador disponibilizar todos os meios preventivos ao trabalhador, inclusive formação, atualização e aperfeiçoamento, bem como, na medida do possível, fiscalizar a aplicação prática de tais saberes. Quanto à assinatura do empregado em termo de responsabilidade, prevista no parágrafo único do mesmo artigo, comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador, quanto às medidas preventivas, na forma do *caput*, é mera formalidade, na medida em que todos os trabalhadores ao firmarem contrato assumem o dever de cumprir todos os comandos empresários (KROST, 2019, p. 552-554).

Os dispositivos relacionados sobre teletrabalho, no caderno celetista, apesar de estarem longe do ideal, sob uma perspectiva positiva, representam um início acerca do debate e aperfeiçoamento do tema. De qualquer forma, seguindo-se o estudo dos marcos normativos brasileiros, no tópico seguinte, abordar-se-á sobre o teletrabalho à luz da Medida Provisória n. 927 de 2020.

3.2 O TELETRABALHO À LUZ DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 927 DE 22/03/2020

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde reconheceu o surto da primeira pandemia que atingiu a sociedade no século XXI, conhecida popularmente pelo nome de "novo coronavírus" (COVID-19). Em razão da inexistência de vacina, a orientação médica e protocolo adotados pelos Estados para contenção da doença foi o isolamento social e quarentena das pessoas, evitando a circulação em ambientes e vias públicas, o que impactou diretamente a economia de todos os países atingidos (REBUÁ, 2020).

Esta pandemia da COVID-19 atingiu a todos em escala mundial, não respeitando fronteira, economia, crença, orientação sexual, idade ou renda. Do pequeno comerciante às grandes empresas, enfim todos da noite para o dia tiveram ou que paralisar suas atividades ou diminuir o ritmo, com exceção daqueles serviços considerados essenciais. Neste cenário nada animador, as relações de trabalho, por força da pandemia da COVID-19, tiveram que se adaptar, ante as novas circunstâncias apresentadas.

No Brasil, a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do novo coronavírus. O Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020, reconheceu o estado de calamidade pública em todo o território nacional, em razão do novo coronavírus Sars-CoV-2 (COVID-19). A Medida Provisória n. 927, de 22 de março de 2020, dispôs sobre as medidas trabalhistas que poderiam ser adotadas pelos empregadores para preservação do emprego e da renda e para enfrentamento do estado de calamidade pública. A medida provisória se justificou em razão da necessidade de implementação de medidas urgentes de isolamento dos trabalhadores em suas residências com a manutenção, sempre que possível, dos vínculos trabalhistas e preservação do emprego e da renda. Por conseguinte, o teletrabalho acabou sendo estimulado e privilegiado (GAURIAU, 2020, p. 23).

Neste ponto, Goldschmidt e Vieira (2020, p. 369) destacam:

Assim, em tempos de pandemia, o teletrabalho passou a ser uma realidade, impulsionado agora pelas ações governamentais que incentivam o isolamento social. Pode-se dizer que o teletrabalho é uma espécie do gênero do trabalho remoto (também chamado de trabalho à distância). A primeira medida prevista pelo artigo 3º da MP 927/2020 é o teletrabalho, espécie de modalidade de trabalho à distância, importante instrumento, no contexto da pandemia da Covid-19, de materialização das medidas de isolamento social e quarentena.

Tal assertiva, decorre da leitura do inciso I do artigo 3º da medida provisória que dá como opção aos empregadores a adoção do teletrabalho como uma das medidas para o enfrentamento dos efeitos econômicos e preservação do emprego.

De fato, o regime de trabalho presencial foi completamente impactado com a proibição de circulação de bens, serviços e pessoas, sendo que a medida provisória sinalizava com várias alternativas, dentre elas o teletrabalho para a preservação do emprego e da renda, salvaguardando-se a atividade econômica do colapso.

Por obviedade, a edição da medida provisória em apreço se deu como alternativa ao isolamento e impossibilidade de locomoção, diferente dos motivos que legitimaram a Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, que instituiu capítulo próprio sobre teletrabalho na CLT (que continua em vigor). Enquanto a primeira tem previsão no artigo 62 da Constituição Federal, a segunda decorre de lei ordinária.

Para ocorrer a atuação normativa excepcional por parte do Presidente da República, existem pressupostos formais e materiais a serem atendidos. Os pressupostos formais são a edição pelo Presidente da República e a submissão ao Congresso Nacional; os pressupostos formais circunstanciais são a relevância e a urgência; os pressupostos materiais, por sua vez, dizem respeito ao objeto da medida provisória.

Os autores sobre o tema divergem quanto à indeterminação conceitual acerca do que deva ser considerado como relevante e urgente para motivar o ato do Executivo. De qualquer sorte, deverá este demonstrar, mediante a motivação, estes pressupostos que quebram temporariamente o monopólio do legislativo.

Neste ponto, Clève (2011, p. 89), ensina:

Possui relevância aquilo que é importante, proeminente, essencial, exigível, fundamental ou indispensável. Quanto às medidas provisórias, a relevância demandante de sua adoção não comporta satisfação de interesses outros que não os da sociedade. A relevância há, portanto, de vincular-se unicamente à realização de um interesse público.

Segundo Chiesa (2002, p. 117), o pressuposto da relevância está diretamente relacionado ao princípio da separação dos poderes, pois o termo “relevância” há que ser entendido como sendo algo tão importante que justifique o abandono da sistemática da separação de poderes, transferindo-se a competência legislativa para o Chefe do Executivo. Não pode ser interesse qualquer, pois a regra geral é de que compete ao Legislativo produzir normas.

Consoante Modena (2011, p. 173) quanto ao pressuposto da urgência, a indicação de perigo (*periculum in mora*) na iminência da edição da medida, tem correlação com a

possibilidade de dano e, por isso, não pode ser analisada isoladamente. Sendo assim, é reconhecida (a urgência) quando o tempo necessário para o procedimento de criação da lei ordinária não é pertinente à aplicação do caso concreto, incluindo os meios de celeridade legislativa.

A respeito de urgência, Chiesa (2002, p. 48) ensina:

Não obstante a palavra contenha em si teor de fluidez, qualquer pessoa entenderá que só é urgente o que tem de ser enfrentado imediatamente, o que não pode aguardar o decurso do tempo; caso contrário o benefício pretendido será inalcançável, ou o dano que se quer evitar consumir-se-á ou, no mínimo, existirão sérios riscos de que sobrevenham efeitos desastrosos em caso de demora.

A celeridade que este instrumento jurídico normativo exige, se faz presente desde sua tramitação até sua apreciação que deverá ocorrer em até quarenta e cinco dias após a sua publicação, nos termos do §6º do artigo 62 da Constituição Federal¹².

Esta nova realidade, da medida provisória em questão, publicada pelo Governo Federal, ao modificar transitoriamente algumas regras trabalhistas sob o pretexto de suavizar os impactos do coronavírus no mercado brasileiro, potencializou o *jus variandi* do empregador, permitindo que o mesmo alterasse o regime de trabalho presencial para o teletrabalho, trabalho remoto ou outro tipo de trabalho à distância, além de outras medidas laborais.

Na legislação trabalhista, com fundamento no poder diretivo, art.2º da CLT, sempre foi permitido ao empregador efetuar algumas alterações para melhor coordenar e organizar a atividade empresarial.

Segundo Maranhão (1995, p. 408):

Em face do art. 468 da Consolidação, no direito brasileiro, o *jus variandi* somente poderá ser admitido dentro de limites muito estritos, sob pena de tornar letra morta esta disposição legal, viga-mestra de nossa legislação do trabalho e principal garantia do empregado contra o arbítrio do empregador. A não ser, portanto, nos casos em que a lei, expressamente, o autorize, a alteração das condições de trabalho em virtude de ato do empregador não poderá ser tolerada, salvo a título excepcional, em situação de emergência e em caráter transitório, quando a recusa do empregado em acatar a ordem que lhe é dada, recusa, totalmente, aliás, injustificada, importe absoluta falta de espírito de colaboração; quando, para usarmos a expressão marcante de Barassi, a própria “dignidade do trabalhador” viesse a ser comprometida pelo seu comportamento. Não há critérios preestabelecidos que possam guiar o juiz na apreciação de tais fatos: caber-lhe-á verificar, em cada hipótese, se o empregador ultrapassou os limites normais do *jus variandi*, segundo o *standard jurídico* ditado

¹² “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. [...] § 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando” (BRASIL, 1988).

pelas condições de meio e de momento [...]. O *jus variandi* pressupõe, sempre, alteração *temporária* e que não afete, *fundamentalmente* a índole da prestação contratual. O respeito à personalidade moral do empregado constitui barreira intransponível ao uso daquele direito

O grande problema desta espécie normativa precária, através do seu objeto, foi flexibilizar em demasia poder e discricionariedade apenas a uma das partes para proceder profundas modificações nos contratos de trabalhos vigentes, sem levar em consideração qualquer tipo de consulta, acompanhamento ou fiscalização, seja das entidades representativas sindicais, Ministério Público do Trabalho ou o próprio Ministério do Trabalho e Emprego.

A primeira delas se dá no *caput* do artigo 4º da referida medida provisória, onde permite ao empregador efetuar a migração dos empregos presenciais para o regime de teletrabalho, trabalho remoto ou outro tipo de trabalho à distância, bem como determinar seu retorno.

A questão relevante no *caput* do artigo 4º foi deixar ao total arbítrio do empregador o retorno ao regime de trabalho presencial, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho. Dessa forma, acaba prestigiando a vontade empresarial, acima de tudo e de todos, em detrimento de instrumentos jurídicos estabelecidos anteriormente, independentemente se ocorreram na esfera individual ou coletiva.

Nessa mesma linha, Almeida e Krost (2021, p. 234):

Já em 2020, a Medida Provisória n. 927 vem para retirar dos trabalhadores as poucas garantias que a Reforma Trabalhista ainda lhe assegurava em relação ao instituto. Autoriza que o empregador, de forma unilateral e sem qualquer adendo contratual transfira seus empregados do regime presencial para o de teletrabalho (Artigo 4º).

O disposto no artigo da medida provisória acaba por negar a característica de bilateralidade e consensualidade, inerente a todo e qualquer contrato de trabalho, acentuando o desequilíbrio material entre as partes, em afronta ao artigo 468 da CLT.

Enquanto pelas normas celetistas a adoção do regime de teletrabalho exige previsão no contrato de trabalho, conforme art. 75-C da CLT, as alterações de regime contratual (presencial x teletrabalho) precisam contar com o mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual. De acordo com o art. 4º da MP, o empregador poderia modificar o regime de trabalho presencial para o de teletrabalho, seja ele remoto, a distância ou em *home office*, sem contar com a anuência do obreiro e aditivo contratual. Igualmente, poderia o empregador determinar o retorno do empregador para o regime de trabalho presencial a qualquer tempo (SANTOS, 2020, p. 186).

Outro empecilho guarda relação com os “efeitos” desta mudança, bem como das características distintas, das várias modalidades de trabalho à distância que foram tratadas da mesma maneira pela indigitada medida provisória.

O trabalho à distância nada mais é do que a separação física entre o local de produção ou de execução da prestação do trabalho e o local onde opera a empresa. Enquanto no trabalho externo e no trabalho a domicílio não existe primordialmente a necessidade de utilização de ferramentas tecnológicas, o teletrabalho, por sua vez, implica necessariamente a utilização de tecnologia.

O teletrabalho se traduz em “forma de organização e/ou execução do trabalho realizado em grande parte, ou principalmente, à distância e mediante o uso intensivo das técnicas de informática e ou telecomunicação” (ARANDA, 2001, p. 28).

O segundo reflexo que a referida medida provisória trouxe foi a mudança do regime de trabalho de maneira abrupta, sem maiores reflexões ou estudos sobre o seu impacto na sociedade, visto que atingiu todos os setores econômicos e categorias profissionais, indistintamente. Mesmo que o objetivo fosse salvar e preservar a economia e empregos, de qualquer forma é de conhecimento geral, as peculiaridades e variantes que existem em cada setor econômico.

O terceiro reflexo é pelo simples fato de a Medida Provisória n. 927/2020 ter permitido, em período excepcional, a alteração do regime de trabalho presencial para teletrabalho, que iriam supostamente resolver ou minimizar os problemas da economia ou preservar o emprego. O que se opera são novos procedimentos organizacionais, os quais devem levar em conta o fato de que cada trabalhador possui seu próprio ritmo biológico, psicológico e social. É sabido que para desempenhar o teletrabalho não basta meramente trocar o regime de presencial para o remoto, assim como permitiu a Medida Provisória em comento. Antes, faz-se necessário averiguar se o trabalhador reúne determinadas características pessoais, aptidões e condições externas para a realização do teletrabalho.

Os estudiosos dizem que a primeira medida preventiva consiste na boa escolha do teletrabalhador, uma vez que devem ser avaliadas habilidades e deficiências, especialmente as suscetibilidades ao trabalho massivo diante de computadores, por longos períodos em uma mesma posição e, ainda, à forte necessidade de auto-organização (trabalhar em domicílio, por exemplo, pressupõe muitos fatores de “distração”) e ao isolamento gerado pelo teletrabalho (FINCATO, 2019).

Quanto às características pessoais, pode-se citar a título exemplificativo a flexibilidade, disciplina, independência, bom senso e confiança. Quanto às aptidões necessárias,

pode-se destacar a capacidade de organização, boa gestão do tempo, experiência no trabalho, além da capacidade de trabalhar sem supervisão e sem pressão hierárquica. Quanto às condições externas, destacam-se o espaço físico em casa na hipótese de *home office*, anuência da família, desejo e razão para o teletrabalho.

O § 1º do artigo 4º da referida medida provisória excluiu o teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho à distância da duração normal de trabalho, nos termos do inciso III do artigo 62 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Em primeiro lugar, inexistente qualquer distinção entre o trabalho realizado na sede da empresa e o realizado à distância, nos termos do artigo 6º da CLT. Não bastasse isto, existe previsão constitucional que a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais (inciso XIII, art. 7º, CF). Portanto, aceitar tal distinção acaba por incorrer em violação ao princípio da isonomia (*caput*, art. 5º, CF).

Logo, a questão apresentada se dá nos seguintes termos: os trabalhadores no regime presencial, por força da legislação, estavam sujeitos ao controle de jornada de trabalho e demais direitos, tais como: horas extras, hora do trabalho noturno superior ao diurno, repouso semanal remunerado, intervalo intrajornada e interjornadas, antes da pandemia da COVID-19, sendo que com a edição da Medida Provisória que adota o teletrabalho como uma das opções durante o estado de calamidade pública, determinou-se que estes mesmos trabalhadores, após a mudança do regime, passam a não ter mais qualquer dos direitos citados.

Portanto, sob o pretexto de calamidade pública e preservação do emprego e da renda, o regime da duração do trabalho, que é fruto da construção e evolução da sociedade e do ordenamento jurídico pátrio, elevado ao patamar constitucional, por força da indicada medida provisória, passa a se enquadrar na exceção do inciso III do *caput* do artigo 62 da CLT.

Entende-se que nem mesmo o estado excepcional de pandemia poderia determinar tamanha transmutação normativa, com flagrante desrespeito aos direitos fundamentais trabalhistas consolidados.

O §2º do artigo 4º da Medida Provisória, por seu turno, permite ao empregador mudar o regime de trabalho, apenas notificando o empregado com 48 (quarenta e oito horas) de antecedência, seja por escrito ou por meio eletrônico. O prazo fixado é menor do que aquele previsto no caderno celetista, o qual exige mútuo acordo, além do prazo de 15 dias para transição (§1º e §2º do art. 75-C da CLT).

Nesse particular, mais do que caracterizado a total dependência econômica, subordinação e vulnerabilidade do empregado à vontade do empregador.

As observações sobre o curto prazo (48 horas) fixado no §2º do artigo 4º, para se adaptar à nova realidade do contrato de trabalho, já foram destacadas nos comentários sobre o *caput* do referido artigo da medida provisória.

O §3º do artigo 4º da Medida Provisória dispõe sobre a disponibilização de estrutura e equipamentos tecnológicos para a realização do trabalho pelo empregado, bem como a manutenção e reembolso de despesas. A MP remetia ao contrato escrito tal previsão, que deveria ser firmado previamente ou no prazo de trinta dias, após a mudança do regime de trabalho.

O dispositivo do referido instrumento jurídico excepcional é extremamente condescendente em favor do empregador ao permitir que o contrato escrito – que irá tratar tanto da estrutura e equipamentos tecnológicos para a realização de trabalho, bem como eventual reembolso de despesas efetuadas pelo empregado –, possa ser avençado em até trinta dias, após a modificação do regime.

Conforme defendido no capítulo anterior, em se tratando de teletrabalho, todos os direitos e obrigações das partes devem ser tratados previamente na orbita contratual, até mesmo porque esta modalidade de trabalho exige maiores solenidades, onde o campo do poder diretivo empresarial deveria ser reduzido.

Quanto aos incisos I e II do §4º do art. 4º da Medida Provisória, na hipótese do empregado não possuir equipamentos e infraestrutura para a realização do trabalho, poderia o empregador fornecer os equipamentos em comodato, sem feição salarial (não se trata de salário utilidade, previsto no art. 458 da CLT). Se o empregador não o fizesse, o período de jornada normal de trabalho seria considerado tempo à disposição do empregador e, portanto, passível de regular remuneração, nas bases remuneratórias então vigentes na relação contratual (SANTOS, 2020, p. 187).

No tocante ao regime especial de teletrabalho, de acordo com o §5º do art. 4º, previsto na medida provisória 927/2020, não existiu qualquer garantia ao direito à duração do trabalho normal não superior a 8 horas diárias e 44 horas semanais (art. 7º, XIII, CF); direito ao repouso semanal remunerado (art.7º, XV, CF); direito à remuneração do serviço extraordinário (art. 7º, XVI, CF). Ao revés, para tal regime, foi aplicado o disposto no inciso III do *caput* do art. 62 da CLT, que excluiu o teletrabalhador do regime da duração do trabalho.

O teletrabalho traz enraizado o problema ligado a tempo e espaço, visto que em princípio permite que a realização do labor ocorra em qualquer lugar, além de flexibilizar ao teletrabalhador a administração do tempo para executar determinada tarefa ou trabalho. Por

outro lado, naturalmente em tempos de Covid-19, a cobrança patronal por metas e resultados se mostrou muito maior, até mesmo porque vive-se a “ditadura do resultado”.

Pelo exposto, ocorreu evidente prejuízo aos trabalhadores pelo tempo de uso de aplicativos e programas de comunicação durante a execução do teletrabalho fora da jornada normal de labor, previsto no §5º do art. 4º da medida provisória, visto que acaba por negar a incidência de diversos direitos fundamentais sociais específicos dos trabalhadores, chamados de segunda dimensão.

O artigo 5º da medida provisória ora em estudo permite a adoção do regime de teletrabalho também para estagiários e aprendizes. Cabe destacar, quanto ao aprendizado, são empregados com cláusula especial de aprendizagem. Nestas duas modalidades, o ideal é que as atividades sejam desempenhadas presencialmente visando trazer conhecimento e contato com a rotina do ambiente de trabalho, enriquecendo sua bagagem e experiência profissional em formação. Por força do caráter excepcional da situação, restou permitida a adoção de teletrabalho para estagiários e aprendizes (BRASIL, 2020).

Como se verificou, a Medida Provisória n. 927, ao tratar acerca de teletrabalho, optou em reduzir prazos relativos a mudança de regime de trabalho, comunicação ao empregado, entre outras alterações, em comparação com o previsto na Consolidação das Leis do Trabalho.

Mello (1990, p. 28) aponta cinco diferenças básicas entre as leis e o instituto das medidas provisórias:

A primeira delas consiste no fato de que as medidas provisórias correspondem a uma forma excepcional de regular certos assuntos, ao passo que as leis são a via normal de discipliná-los.

A segunda está em que as medidas provisórias são efêmeras (60 dias a partir de sua edição, podendo esse prazo ser prorrogado uma única vez), enquanto as leis são, em regra, por tempo indeterminado, e, quando temporárias, têm seu prazo de vigência fixado por elas próprias.

A terceira diferença decorre do fato de que as medidas provisórias são precárias, isto é, podem ser infirmadas pelo Congresso a qualquer momento dentro do prazo previsto no art.62 da CF, prazo em que deve apreciá-las, em contraste com a lei, cuja persistência só depende do próprio órgão que as produziu (Congresso).

A quarta diferença consiste em que a medida provisória não confirmada pelo Congresso Nacional perde sua eficácia desde a sua publicação (efeitos *ex tunc*); diferentemente da lei, que cessa seus efeitos *ex nunc*.

A quinta diferença provém da circunstância de a medida provisória, para ser expedida, necessita que estejam presentes os pressupostos da “relevância e urgência”, enquanto no caso da lei, a relevância da matéria não é condição para que seja produzida, antes, passa a ser de direito relevante, tudo o que a lei houver estabelecido. Para a lei inexistente o requisito da urgência.

Portanto, a criação pelo poder Executivo da medida provisória, instrumento jurídico de caráter precário, colocando óbice à eficácia de inúmeros direitos e garantias fundamentais

estabelecidos na Constituição brasileira de 1988, cujo o objetivo é garantir o princípio da dignidade humana e condições mínimas existenciais, não foi a mais acertada, mesmo no afã de pretender proteger as relações de emprego.

Nessa mesma linha, Almeida e Krost (2021, p. 235) enfatizam:

[...] é possível perceber que o que vem sendo realizado pelas medidas provisórias não se trata de uma legislação de exceção ao Direito do Trabalho, mas sim a continuidade e a intensificação de uma série de medidas restritivas de direitos que vêm sendo orquestradas desde a implementação da Ditadura civil-militar no Brasil. Eis o risco de “flexibilização” dos direitos trabalhistas em momentos como o que vivemos. Existe um forte risco, mais do que comprovado pela história, de que, superada a crise ou o estado de emergência que justifica a edição de uma medida excepcional, a medida se mantenha e o que até então era exceção passe a ser regra.

A jurisprudência do STF permite, através de controle jurisdicional, a possibilidade de se questionar os preceitos de urgência e relevância que fundamentaram a discricionariedade do Poder Executivo para editar a medida, diante de fatos sociais em casos concreto (MODENA, 2011, p. 173).

Quanto à vigência e eficácia da medida provisória, por força da Emenda Constitucional 32/2001, o prazo de manifestação pelo Legislativo é de sessenta dias consecutivos, sendo possibilitada a prorrogação da vigência da medida por uma única vez por igual período, nos termos do art. 62, §7º da CF.

Quanto aos efeitos da medida provisória, por não serem providas de eficácia permanente, não podem revogar o direito anterior. Operam, simplesmente, desde a sua edição, a suspensão da eficácia do direito anterior, caso haja incompatibilidade entre os comandos. Essa é a exegese que melhor se harmoniza com diretrizes fundamentais do sistema jurídico brasileiro (CHIESA, 2002, p. 117).

Neste ponto, Clève (2011, p. 156) ensina:

Como a medida provisória (e o próprio nomen juris assim sugere) constitui espécie normativa despida de eficácia permanente, não está vocacionada a revogar definitivamente o direito anterior com ela incompatível. Neste particular, opera, desde a sua edição, espécie de suspensão (paralisação) da eficácia do direito pretérito. Revogação definitiva haverá, caso a medida provisória seja convertida em lei.

A medida provisória enquanto ato normativo precário, cuja conversão em lei depende de aprovação pelo Congresso Nacional, não pode abolir instrumentos normativos estáveis do sistema, instaurando-se insegurança nas relações jurídicas (CHIESA, 2002, p. 117).

De qualquer sorte, no caso da Medida Provisória n. 927/2020, ocorreu a expiração de seu prazo de vigência e sua não conversão em lei no prazo de 120 (cento e vinte) dias,

correspondente aos 60 (sessenta) dias iniciais, acrescidos da respectiva prorrogação por igual período, vindo então a perder a sua eficácia.

Como ficam, então, as relações trabalhistas estabelecidas ou modificadas sob sua vigência? Como regra geral, segundo o §3º do artigo 62 da Constituição Federal¹³, as relações jurídicas constituídas no período de sua vigência perdem sua eficácia desde sua edição, entretanto comporta exceções. Não sendo editado decreto legislativo no prazo de sessenta dias, após a rejeição ou perda da eficácia, as relações jurídicas constituídas e atos irão ser conservados, nos termos do §11 do referido artigo.¹⁴

A outra exceção diz respeito à hipótese de alteração e aprovação do texto original da medida provisória, onde todo o texto será mantido em vigor até sanção ou veto do referido instrumento jurídico, nos termos do §12 do artigo 62 da Constituição Federal.¹⁵

No ponto, Modena (2011, p. 177) ensina:

É evidente a clareza constitucional não só quanto ao prazo de vigência da MP, mas também quanto às consequências advindas de sua não conversão em lei, do mesmo modo que se extrai do art.62 a eficácia imediata ao ato de edição. Dedutivamente, a perda de eficácia *ex tunc* do dispositivo importaria na perda de eficácia das relações surgidas durante a sua égide. Porém o parágrafo 11 do referido art., que suscita alguns questionamentos, como será demonstrado a seguir. Esclarece que as relações recorrentes da MP, se rejeitada ou se perdeu a eficácia por decurso de prazo, em que não houver sido editado referido decreto legislativo, continuarão regidos os atos praticados durante sua égide, pela própria MP. A disposição dos parágrafos 11 e 12 do art.62 se apresentam como exceções ao parágrafo 3º do mesmo art., pois se não for editado o decreto legislativo para regulamentação das relações decorrentes da MP, caso em que se conservarão por ela regidas, então não perdem a eficácia desde a sua edição conforme preconiza o parágrafo 3º citado.

A medida provisória em questão trouxe diversas alternativas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública instaurado que, em tese, visaram o equilíbrio financeiro e a manutenção dos empregos. No entanto, tais medidas sofreram severas críticas, pois flexibilizaram demasiadamente as normas trabalhistas, como por exemplo, a possibilidade de celebração de acordo individual escrito (preponderante sobre os demais instrumentos normativos, legais e negociais), com a finalidade de garantir o vínculo empregatício (art. 2º).

¹³ “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. [...] § 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.” (BRASIL, 1988).

¹⁴ “Art. 62. [...] § 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.” (BRASIL, 1988).

¹⁵ “Art. 62. [...] § 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.” (BRASIL, 1988).

Não há dúvida que medidas como essa se distanciam da essência do Direito do Trabalho, que é a proteção dos trabalhadores, pois os empregadores podem se prevalecer dessa prerrogativa e reduzir ou ainda suprimir direitos trabalhistas (GOLDSCHMIDT; GRAMINHO, 2020).

A MP buscou, na contramão deste ideário, afastar explicitamente conquistas anteriores, legais e convencionais, fazendo prevalecer suas disposições ou ajustes individuais, mesmo tácitos, entre patrões e trabalhadores, desprestigiando o legitimamente negociado. Prima pela força, ao invés da razão, a ponto de afastar a fiscalização sobre a inobservância de regras em matéria de medicina e segurança do trabalho (PASOLD; KROST, 2020).

A aplicação de maneira irrestrita da medida provisória nas relações do trabalho subverteu a interpretação do o sistema jurídico trabalhista vigente, fazendo surgir fissura nos valores constitucionais, visto que a Lei Fundamental está no cume da pirâmide normativa, debilitando sua eficácia. E nem se diga que por tratar-se de uma situação atípica, tal flexibilização estaria justificada, apenas em situações excepcionais devidamente comprovadas.

Assim, a flexibilidade geral da legislação trabalhista, por causa da pandemia da Covid-19, deixou à mercê do empregador a adoção de determinadas medidas, inclusive a alteração do regime para o teletrabalho por força da medida provisória, realidade que acabou por negar a eficácia de determinados direitos fundamentais durante sua vigência.

Portanto, o Estado através do Poder Executivo poderá ser responsabilizado patrimonialmente por medidas provisórias inconstitucionais, que, no todo ou em parte, causarem danos aos particulares (CHIESA, 2002, p. 130).

Quanto maior a flexibilização das normas trabalhistas, independentemente da sua instrumentalização, seja através de lei ordinária, complementar, decreto ou medida provisória, como no caso em apreço, maior é a precarização das relações de emprego.

A situação de excepcionalidade imposta pelo COVID 19, não justifica o descumprimento dos direitos fundamentais trabalhistas, insculpidos na Constituição Federal. Inclusive é o que depreende a leitura do artigo 2º, *caput*, da MP 927, a qual determina que o acordo individual de trabalho terá preponderância sobre outras fontes, desde que respeitados os limites estabelecidos na Constituição (GOLDSCHMIDT; GRAMINHO, 2020).

De qualquer sorte, ocorreu a expiração de seu prazo de vigência e sua não conversão em lei no prazo de 120 (cento e vinte) dias, correspondente aos 60 (sessenta) dias iniciais, acrescidos da respectiva prorrogação por igual período, vindo então a perder a sua eficácia.

No próximo tópico será abordado sobre o teletrabalho e a Medida Provisória n. 1.046 de 2021, editada ainda em período pandêmico após a perda da eficácia da MP 927, momento em que será feito um cotejo de eventuais avanços ou retrocessos, em se tratando de teletrabalho.

3.3 TELETRABALHO À LUZ DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.046 DE 27/04/2021

Com a perpetuação ao longo do tempo do isolamento social, com o ambiente de ansiedades e incertezas afetado pela COVID-19, o Executivo Federal editou a Medida Provisória 1.046, de 27 de abril de 2021, visando a preservação do emprego, a sustentabilidade do mercado de trabalho e o enfrentamento das consequências da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus (covid-19).

Assim como na Medida Provisória n. 927, o teletrabalho foi elencado como uma das medidas possíveis ao enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes da situação, nos termos do inciso I do art. 1º do referido diploma legal. Em realidade, neste ponto, praticamente houve uma reprodução *ipsis litteris* da medida anterior (BRASIL, 2021).

Em capítulo próprio sobre teletrabalho, este novo instrumento normativo provisório tratou acerca da temática nos artigos 3º e 4º. Neste particular, falhou novamente o Poder Executivo em aperfeiçoar e corrigir uma série de equívocos praticados na medida provisória anterior, que beiram a inconstitucionalidade.

Nesse sentido, como visto no tópico anterior, é possível questionar os preceitos que fundamentam a medida normativa precária, através de controle jurisdicional, bem como é viável responsabilizar patrimonialmente o Poder Executivo Federal pela medida provisória inconstitucional, diante de fatos sociais em casos concretos.

Novamente, no artigo 3º da MP 1046 foi dado ampla discricionariedade e poder ao empregador, sobrepondo sua vontade inclusive sobre a existência de acordos individuais ou coletivos, podendo a seu critério alterar o regime de trabalho do presencial para teletrabalho e vice-versa (BRASIL, 2021).

Em que pese o objetivo (nem sempre alcançado) da MP 1046 seja criar “alternativas trabalhistas para enfrentamento do coronavírus”, entende-se que toda e qualquer iniciativa, seja legislativa ou por parte do Executivo, deva manter o mínimo de coerência acerca da organização e da norma, sob pena de fomentar mais antinomias, como advertiu Norberto Bobbio (2003).

Em sua obra “Teoria da Norma Jurídica”, no capítulo I, Bobbio (2003, p. 9) considera o direito como um conjunto de normas ou regras de conduta, sendo que a vida se desenvolve em um mundo de normas. Tais regras, são tão habituais, que sequer as pessoas se apercebem da sua existência, dada ao condicionamento do comportamento humano. Essas regras têm por objetivo influenciar e controlar os comportamentos de indivíduos e grupos, direcionando-os para certos objetivos, de acordo com a conveniência daqueles que produziram o regramento.

Há pouco tempo, com o objetivo de justificar uma série de mudanças, sob o pretexto de fomentar a economia e gerar empregos, restou aprovada a polêmica Lei n. 13.467 de 2017, onde apesar de severas críticas de autores e estudiosos em decorrência de seu caráter anti-humanista e antissocial, se advogava em favor da prevalência do “acordado” sobre o “legislado”, nos termos do artigo 551-A do referido diploma legal (BRASIL, 2017).

Neste particular, destaca-se do referido instrumento jurídico, a possível pactuação de matéria relativa à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais (inciso I) e teletrabalho (VIII) do mesmo diploma legal (BRASIL, 2017).

Nesse rumo, a Medida Provisória n. 1.046 extrapola qualquer limite ao permitir que apenas a manifestação de vontade do empregador possa se sobrepor aos instrumentos jurídicos individuais (acordo) e, com muito menos razão, instrumentos jurídicos coletivos, sob pena de subverter o ordenamento jurídico (BRASIL, 2021).

Desse modo, a desigualdade escorada na medida provisória é fruto de um forte componente econômico, validando também uma série de outros critérios multidimensionais implícitos.

Neste ponto, Sarmiento (2016, p. 59) ensina:

De todo modo, na esfera social, as pessoas são e sempre foram percebidas no Brasil como seres situados, inseridos numa teia de relações sociais constitutivas da sua identidade. Todavia, esse enraizamento nunca funcionou como um elemento emancipatório, que propiciasse proteção mais integral aos direitos e necessidades das pessoas vulneráveis. Trata-se exatamente do contrário: um enraizamento de feições pré-modernas, em que o *status* jurídico da pessoa se relaciona, na prática, a elementos como classe social, cor, profissão, relações familiares e de amizade do indivíduo. A questão, portanto, acaba se reconduzindo ao mais crônico dos problemas nacionais: a *desigualdade*.

A permissividade, apenas com a manifestação do empregador como critério para a mudança do regime de trabalho, desnatura a função social do trabalho, na acepção mais ampla do termo, constitui postulado básico da dignidade da pessoa humana e corolário da própria cidadania (incisos II, III e IV do art.1º da CF).

Nesse sentido, Leite (2019, p. 231) leciona:

Quanto maior o poder do empregador na relação empregatícia, maior será a sua responsabilidade no tocante às lesões aos direitos fundamentais dos seus empregados em decorrência direta ou indireta da relação empregatícia. É preciso, pois, interpretar e aplicar os direitos sociais dos trabalhadores com suporte não apenas na eficácia vertical como também na eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pois a relação empregatícia é um dos sítios naturais de sua aplicabilidade em nosso sistema jurídico.

Nesse sentido, admitir a vontade empresarial de maneira plena vai contra as próprias características do contrato de trabalho de bilateralidade e consensualidade, cujo o seu conteúdo cria obrigações mútuas desde o início da relação jurídica trabalhista.

É claro que as relações e trabalho são marcadas pela desigualdade entre os particulares, de um lado o empregador, que detém o poder empregatício (econômico, regulamentar, diretivo e disciplinar), e do outro o empregado, hipossuficiente e vulnerável, parece inegável a plena aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações empregatícias (LEITE, 2019, p. 220). Toda e qualquer relação de trabalho, assim como as demais relações privadas, deve pautar-se pela dignidade da pessoa humana.

No ponto, Balera (2008, p. 1347) leciona:

O que devemos ter presente é a impossibilidade de estabelecimentos de relações de trabalho que não estejam necessariamente referenciadas à dignidade da pessoa humana. A fim de que pudesse ganhar vigência na realidade social, a dignidade humana haveria de projetar-se no ambiente de trabalho a partir da nova correlação de forças que garantisse ao ator social mais fraco melhor proteção das estruturas sociais.

Pode-se afirmar que sobre as alterações lesivas empreendidas no curso de um contrato de trabalho, tais atos de desvirtuamento são passíveis de nulidade, desde que violem direitos adquiridos dos empregados sob as mais variadas formas como hierárquicas, de remuneração, vantagens pessoais assumidas pelos empregados, independentemente da maneira que se estabeleceram, expressa ou tácita.

Nesse ponto, Silva (2019, p. 200) leciona:

O fundamento desse rigor está não somente no princípio protetor que rege as normas trabalhistas, mas também no latente conflito que existe nesse tipo de contrato entre partes em posições bastante assimétricas. Seria muito cômodo admitir a validade de todos os ajustes, escritos e verbais, pois uma parte tende a se submeter com bastante facilidade em relação à outra, como forma de preservação do contrato de trabalho e de sua fonte de renda e sustento. A submissão continua e continuará a existir, mas, como atenuante, considera-se que o conteúdo deve prevalecer sobre a forma – princípio da primazia da realidade – e que as alterações ao longo do contrato de trabalho não podem prejudicar aquilo que o empregado já conquistou quando de sua admissão ou quando de suas promoções – princípio protetor, normalmente explicado do ponto de vista da prioridade à norma mais favorável que houver e à condição mais benéfica que se encontrar.

Outro ponto da referida medida provisória que se afigura mais grave, implicando em possível inconstitucionalidade, é o disposto no §1º do artigo 3º. De acordo com tal preceito, o teletrabalhador não está sujeito à limitação de jornada de trabalho, enquadrando-se na exceção do inciso III do *caput* do artigo 62 da CLT.

A norma de direito fundamental relativa à limitação da jornada de trabalho (inciso XIII, artigo 7º, CF), não estabelece qualquer distinção entre os empregados, sejam eles presenciais ou teletrabalhadores. Logo, onde a Constituição Federal não distingue, não cabe à lei ordinária ou medida provisória de efetividade precária distinguir.

Qualquer tentativa, argumento ou justificativa, mesmo em tempos de “pandemia”, independente do recurso ou instrumento jurídico utilizado, inclusive medida provisória, não tem o condão legitimar qualquer desrespeito ao citado preceito constitucional, até mesmo porque traz inúmeras implicações ao trabalhador.

Nesse sentido, no dizer Cassar (2018, p. 112), a limitação do tempo de trabalho tem como fundamento três aspectos:

- a) Biológicos: O excesso de trabalho traz fadiga, estresse, cansaço ao trabalhador, atingindo sua saúde física e mental. Portanto, os fatores biológicos são extremamente importantes para limitar a quantidade de trabalho diário.
- b) Sociais: O trabalhador que executa seus serviços em extensas jornadas tem pouco tempo para a família e amigos, o que segrega os laços íntimos com os mais próximos e exclui socialmente o trabalhador.
- c) Econômicos: Um trabalhador cansado, estressado e sem diversões produz pouco e, portanto, não tem vantagens econômicas para o patrão.

Note-se, também, que a própria CF, no artigo 7º, inciso XXXII, proíbe a distinção entre trabalho braçal, técnico ou intelectual ou entre os respectivos profissionais, nada falando sobre trabalho presencial ou telepresencial (BRASIL, 1988).

Mais uma vez, busca-se através de ato normativo provisório editado pelo Executivo subverter o ordenamento jurídico pátrio, trazendo a exceção como regra geral, visto que a duração e limitação da jornada de trabalho possui previsão constitucional não superior a 8 horas diárias e ao módulo de 44 horas semanais (art. 7º, XIII, da CF).

O §2º do artigo 3º da Medida Provisória, por seu turno, permite ao empregador mudar o regime de trabalho, apenas notificando o empregado com 48 (quarenta e oito horas) de antecedência, seja por escrito ou por meio eletrônico (BRASIL, 2021).

A profunda mudança de regime de trabalho do presencial para o teletrabalho traz imediato e repentino impacto, visto que o ambiente de trabalho será completamente diverso. Enquanto no modelo tradicional de trabalho, o laborador executa suas atividades laborativas na sede do empreendimento empresarial. A nova realidade com a mudança do regime presencial para o teletrabalho, irá exigir uma série de adaptações desde ordem técnica (equipamentos, conexão etc.), de ordem profissional (adaptação a *software*), de ordem pessoal (social e familiar), entre outras.

A concepção moderna de meio ambiente do trabalho, portanto, está relacionada com o direito à vida, à segurança e à saúde. Esses direitos, na verdade, constituem corolários dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da cidadania (LEITE, 2019, p. 1084).

O curto prazo (48 horas) fixado no §2º do artigo 3º para se adaptar à nova realidade do contrato de trabalho, não leva em consideração as circunstâncias e inúmeros problemas que o trabalhador terá que enfrentar para se adequar à mudança de regime de trabalho que modifica completamente o meio ambiente de trabalho.

O §3º do artigo 3º da Medida Provisória em debate disciplina acerca da manutenção ou fornecimento de equipamentos tecnológicos. Em síntese, trata das ferramentas de trabalho para teletrabalhar (BRASIL, 2021). Quem se vê compelido a trabalhar remotamente necessita de uma infraestrutura condizente, que perpassa desde o ambiente até uma conexão adequada de *internet*.

Todas essas questões essenciais ou acessórias relativas às despesas e eventual reembolso para a prestação do labor deverão estar previstas em contrato, preferencialmente de forma prévia. Entretanto, a medida provisória permite que tais aspectos sejam pactuados em até 30 (trinta) dias a partir da mudança de regime de trabalho presencial para teletrabalho.

Toda e qualquer relação contratual laboral intrinsecamente já traz, desde o seu nascedouro, um desequilíbrio entre os contratantes, sendo que no curso desta relação a tendência é o surgimento de desgastes e conflitos. Nesse sentido, nada mais salutar que todas as condições de trabalho relativas a despesas e reembolso sejam pactuadas antes da mudança do regime de trabalho, justamente para minimizar surpresas e não fomentar futuras demandas judiciais relativas às condições de trabalho.

A mudança de regime de trabalho, por si só, traz impacto à rotina e dinâmica do contrato de trabalho repercutindo inclusive na órbita pessoal. Daí porque se faz necessário estabelecer, de forma prévia, cláusulas claras sobre tais mudanças. Neste particular, ao contrário do modelo tradicional de trabalho que não exige solenidades e forma especial, o teletrabalho exige a formalidade escrita.

Quanto ao parágrafo §4º do mesmo artigo, por sua vez, trata especificadamente sobre a hipótese do empregado não possuir equipamentos ou infraestrutura para prestar teletrabalho, dando ao empregador duas opções: I) fornecer equipamentos sob o regime de comodato e pagar os serviços de infraestrutura para a execução do labor; ou II) computar o período da jornada normal de trabalho como tempo à disposição da empresa (BRASIL, 2021).

Como já foi dito anteriormente a respeito do disposto no artigo 75-D da CLT, a maioria da doutrina pátria, entende que os custos relativos a fornecimento dos equipamentos e

infraestrutura para execução do labor devem ser suportados pelo empregador, até mesmo porque o risco da atividade econômica pertence a ele, nos termos do artigo 2º da CLT.

Nesse ponto, Cassar (2018, p. 53) leciona:

Um empreendimento, para ter sucesso, depende de muitos fatores além de sorte, e quem corre o risco do negócio é sempre o empregador. Este é um critério diferenciador, já que todos os outros requisitos podem estar presentes, muitas vezes em maior ou menor intensidade, mas se o trabalhador correr o risco do empreendimento, empregado não será. O *caput* do art. 2º da CLT é claro nesse sentido.

Nessa toada, estes equipamentos e infraestrutura fornecidos pelo empregador, não são considerados como salário, tendo eminente natureza indenizatória, nos mesmos moldes que preconiza inciso I, §1 do artigo 458 da CLT.

Nesse sentido, Silva (2019, p. 193), ensina:

Esses debates perderam quase toda sua urgência com a reforma empreendida pelo legislador, em 2001 em torno do art. 458 da CLT (Lei 10.243/2001): a mudança radical na redação do § 2º criou uma lista de benefícios assistenciais, ou seja, retirou a natureza salarial de uma série de pagamentos indiretos e vantagens oferecidas pelo empregador ao empregado. A partir daquela alteração legislativa, planos de saúde e reembolso de mensalidades escolares, inclusive pós-graduação, proliferaram em vários contratos de trabalho, pois não deixa de ser uma forma de incentivo fiscal a desoneração do salário utilidade. O empregador não pode abater os gastos na declaração do imposto de renda, como é o modelo adotado pelo Programa de Alimentação do Trabalhador (Lei 6.321/1976) ou do vale-transporte (Lei 7.418/1985), mas pelo menos fica liberado das incidências trabalhistas e tributárias aplicadas sobre os salários.

Quanto à segunda opção, na prática a mesma não se concretizou, visto que na medida provisória foram dadas aos empregadores outras opções, tais como: antecipação de férias e antecipação de feriados, visando contornar o dispêndio econômico sem a devida contraprestação de serviço.

Na mesma linha da MP 927, o §5º do artigo 3º da MP 1.046 trouxe ênfase acerca da jornada de trabalho na hipótese de teletrabalho, informando que não constitui tempo à disposição do empregador, nem sobreaviso ou regime de prontidão, a utilização de *softwares* de ferramentas digitais fora da jornada de trabalho normal do empregado, exceto acordo ou convenção coletiva de trabalho (BRASIL, 2021). O alcance do parágrafo em questão busca precipuamente não dar qualquer margem de dúvida ou questionamento na esfera judicial acerca da utilização de equipamentos ou *softwares* fora da jornada normal de trabalho, como tempo à disposição do empregador.

Neste particular, o dispositivo em questão trata de um salvo-conduto para o empregador que poderá, hipoteticamente, contatar o empregado em seu tempo de descanso (fora

da jornada) sem ter o risco de ver configurado o tempo à disposição, plantão ou sobreaviso. Ademais, o dispositivo em tela nega o direito a desconexão.

Em Informe Conjunto da OIT e DA Eurofound, denominado “*Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: Consecuencias en el ámbito laboral*” (MESSENGER *et al.*, 2019, p. 21-22), restou constatado que os trabalhadores que utilizam ferramentas tecnológicas para desempenhar suas atividades laborativas, dado a natureza do trabalho “em qualquer momento” e “em qualquer lugar”, trabalham muito mais horas, inclusive quando se trata de horas extraordinárias, posto que na atividade empresarial costumeiramente fazem contato através de chamadas telefônicas, e-mail ou outra ferramenta tecnológica, após o horário de trabalho normal.

O direito à desconexão ganhou força e notoriedade em razão do uso indiscriminado da tecnologia nas relações laborais, em especial, fora dos limites da jornada de trabalho, ocasionando inúmeras consequências aos direitos fundamentais dos trabalhadores, como, por exemplo, a diluição entre a fronteira da vida privada e a profissional, o excesso de trabalho e o surgimento de doenças como depressão e Síndrome de Burnout (GOLDSCHMIDT; GRAMINHO, 2020, p. 107).

Não se pode perder de vista, que não raras vezes os empregados são chamados pelo empregador ou tomador dos serviços através de dispositivos de *softwares* fora do horário normal de trabalho, para atender algum questionamento ou demanda específica. As tecnologias de informação e comunicação não foram concebidas para distinguir o horário de jornada de trabalho e, com muito mais razão, horário de descanso ou lazer.

De acordo com Maior (2003), o não-trabalho aqui referido não é visto no sentido de não trabalhar completamente e sim no sentido de trabalhar menos, até o nível necessário à preservação da vida privada e da saúde, considerando-se essencial esta preocupação (de se desligar, concretamente, do trabalho) exatamente por conta das características deste mundo do trabalho marcado pela evolução tecnologia, pela deificação do Mercado e pelo atendimento, em primeiro plano, das exigências do consumo.

Segundo Messenger *et al.* (2019, p. 23), as razões que levam os teletrabalhadores a atender o chamado empresarial, fora do horário normal de trabalho, são vários, entre os principais: ajudar colegas de trabalho, atender clientes ou atender às expectativas do empregador:

La razón más comúnmente citada para estar disponibles es ayudar a los colegas (73% de los trabajadores móviles y 48% de los no móviles declararon que esta es la razón). La segunda razón más habitual es ayudar a clientes (según 61% de trabajadores

móviles y 30% de no móviles) (Unionen, 2013). En menor medida, los encuestados dieron como razón para estar contactable “las expectativas del empleador” (25% de trabajadores móviles, 17% de no móviles)¹⁶.

O direito à desconexão, infelizmente não foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, trata-se de um direito fundamental implícito, decorrente de outros direitos igualmente fundamentais.

Neste sentido, Goldschmidt e Graminho (2020, p. 158) ensinam:

[...] o direito fundamental à desconexão tem como finalidade precípua garantir a efetividade de outros direitos específicos e inespecíficos dos trabalhadores, como o direito à saúde, à segurança, ao lazer e à vida privada, além de ser fonte de afirmação da dignidade da pessoa humana. Afinal, o indivíduo que tem a prerrogativa de se desconectar das atividades laborais ao final da jornada, nos finais de semana e no período de férias, além de ter a sua vida privada preservada, possui mais potencial de saúde para usufruir dos momentos de lazer ao lado da família e amigos, bem como tempo para estudar e buscar o aperfeiçoamento profissional. Ou seja, além de ter preservada sua cidadania, desfruta de uma vida digna.

A limitação máxima da duração do trabalho está relacionada diretamente à tutela da saúde do trabalhador, visto que o tempo de trabalho efetivo compreende não apenas o tempo em que o “trabalhador exerce a atividade”, mas também o tempo de disponibilidade para o trabalho “permanente adstrito à realização da prestação” (MOREIRA, 2020, p. 66).

Neste ponto, Moreira (2020, p. 68) leciona:

Neste admirável mundo novo do trabalho, coloca-se a questão da limitação dos tempos de trabalho. Esta questão é de fundamental importância, na medida em que parece poder permitir quase um novo tipo de escravatura que, embora de feição diferente, está a colocar em causa um dos mais antigos e emblemáticos direitos consagrados dos trabalhadores – o direito a um descanso efetivo entre jornadas de trabalho.

Destaca-se, ainda, que o direito à desconexão não pode ser apenas vertical, mas também horizontal, ou seja, o trabalhador não pode estar disponível nem para o empregador, nem para os colegas de trabalho fora do horário normal de trabalho.

Sobre esta temática, pondera Moreira (2020, p. 73) que atualmente vive-se uma época de obsessão da *performance*, imperando a hiperconexão, onde deve-se estar sempre disponível

¹⁶ Tradução: “O motivo mais citado para estar disponível é ajudar os colegas (73% dos trabalhadores móveis e 48% dos trabalhadores não móveis afirmaram ser esse o motivo). O segundo motivo mais comum é ajudar os clientes (de acordo com 61% dos trabalhadores móveis e 30% dos trabalhadores não móveis) (Uni-onen, 2013). Em menor grau, os entrevistados deram “expectativas do empregador” como motivo para serem contactados (25% trabalhadores móveis, 17% não móveis)” (MESSENGER *et al.*, 2019, p. 23).

e comprometido com a empresa. Trata-se, justamente, do objetivo pretendido pelo §5º do art. 3º da MP 1.046.

O artigo 4º da MP ora em estudo permite a adoção do regime de teletrabalho também para estagiários e aprendizes (BRASIL, 2021). Assim como mencionou-se quando do estudo da medida provisória 927/2020, entende-se que a execução do labor presencialmente por estagiários e aprendizes, visa justamente trazer ao conhecimento destes a rotina e contato com o ambiente de trabalho, enriquecendo sua bagagem e experiência profissional em formação. Porém, isto não sendo possível em decorrência das circunstâncias da calamidade pública e da pandemia vivenciada, teve aplicação o teletrabalho para estagiários e aprendizes.

A referida medida provisória, em seu artigo 30, assevera que não se aplica aos trabalhadores em regime de teletrabalho as regulamentações sobre trabalho em teleatendimento e *telemarketing* que possuem disposições especiais sobre duração e condições de trabalho, visto que apesar de também ser possível a execução do trabalho à distância com ferramentas tecnológicas, são tutelados por normas especiais do direito do trabalho.

Em síntese, apesar da MP 1046/2021 ter versado sobre matérias semelhantes daquelas regidas pela MP 927/2020, em verdade não corrigiu os problemas apresentados por essa última, ao contrário, em alguns casos acentuou a desproteção do trabalhador, como acima visto.

As alterações legislativas, no caso brasileiro, por meio de medidas provisórias, podem ser necessárias. No entanto, devem observar, como já referido anteriormente, os preceitos constitucionais e os princípios que orientam o Direito do Trabalho. Os direitos fundamentais, especificamente os direitos sociais trabalhistas, não podem ser limitados ou menosprezados. O direito do trabalho de exceção, que visa, num primeiro momento, assegurar a manutenção do emprego e da renda, nem sempre possui uma qualidade técnica, justamente em razão da urgência e da excepcionalidade. Em razão disso, pode se tornar uma fonte de conflitos interpretativos, trazendo a insegurança jurídica e precarizando as relações de trabalho (REIS, 2020).

A flexibilização em demasia e precarização das relações de emprego, acaba por deteriorar as relações sociais, mesmo sob o pretexto da pandemia, colocando em perigo a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

Nesse sentido, Moreira (2020, p. 77) leciona:

Não se pode esquecer de que, neste mundo, o trabalho não significa apenas a principal fonte de rendimento para a maior parte das pessoas, mas também uma forma de afirmação social e de contribuir para a dignidade e até identidade da pessoa que trabalha, sendo para muitos a principal forma de participação na sociedade. O emprego tem de ser visto como uma atividade que visa a produção material de bens e

serviços úteis à sociedade e não como uma atividade que apenas permite acumulação de riqueza. O trabalho não deve ser tratado apenas como uma forma de remuneração econômica, mas também como uma forma de estar em sociedade. E a carência de emprego ou a sua existência precária minam as possibilidades de integração, podendo romper-se a coesão social e criarem-se situações de exclusão.

Diante da ênfase dada por estes marcos normativos brasileiros, em relação ao teletrabalho, no tópico seguinte será tratado sobre seu conceito, visto que a doutrina diverge acerca da sua definição.

3.4 OS CONCEITOS SOBRE TELETRABALHO

No cenário internacional, muito se trata sobre teletrabalho. Na América Latina, em especial no Brasil, sempre ocorreu de maneira tímida. Recentemente, após o momento pandêmico, o tema em questão ganhou maior importância e alçou a relevância que merece.

Estimativas preliminares da OIT indicam que no pior momento da crise, no segundo trimestre de 2020, cerca de 23 milhões de pessoas passaram para o regime de teletrabalho na América Latina e Caribe. Como em outras partes do mundo, essa modalidade surgiu como um mecanismo para garantir a continuidade de certas atividades econômicas e, com ela, da relação de trabalho (OIT, 2021).

A nota técnica da OIT destaca que, embora seja muito cedo para prever o alcance efetivo do teletrabalho, será necessário que os países e as sociedades estejam preparados para assumir que esta modalidade veio para ficar, seja como uma solução conveniente para algumas pessoas e empresas, ou por meio da proliferação de formas híbridas que combinam o trabalho no estabelecimento empresarial com o trabalho em casa (OIT, 2021).

A palavra *telecommuting*, que originou a palavra teletrabalho em português, foi criada pelo norte-americano Jack Nilles pela primeira vez em *The Telecommunications Transportation Trade Off* em 1976. "Commuting" é uma palavra que designa a viagem de ida e volta entre o domicílio e o local de trabalho. Em sua etimologia, a palavra teletrabalho é formada pelo prefixo *tele* do grego, que significa longe, e pelo substantivo trabalho, de origem latina, *tripalium*, conhecido como um instrumento formado por três estacas de madeira afiadas, utilizado para torturar animais e escravos. É no século XIV que o trabalho abandona o significado de sentir dor ou sofrer para assumir o caráter de atividade humana conduzida para um determinado fim (NUNES, 2018, p. 48).

Não existe unanimidade na doutrina pátria ou estrangeira acerca do conceito de teletrabalho¹⁷, uma vez que está em constante evolução, entretanto busca-se tecer comentários e considerações sobre alguns conceitos que merecem destaque.

O primeiro destaque diz respeito à consideração como “uma forma de trabalho”. Novos modelos econômicos estão surgindo, criando novas relações de trabalho na sociedade contemporânea, visto que paulatinamente vem ocorrendo mudanças de paradigma da sociedade industrial para a sociedade de informação e conhecimento.

Neste ponto, Chaparro (1996, p. 10) leciona:

*A diferencia de la economía industrial de los siglos XIX y XX, tan mecanizada y alienante para el trabajador, esta economía de servicios tiende a poner en primer plano la creatividad, la inspiración, la rapidez de adaptación, la innovación y la iniciativa individual, el saber. Más descentralizada, hace de la óptima explotación de los recursos y de las competencias humanas uno de sus engranajes esenciales.*¹⁸

Nesta nova sociedade digital, existiu uma transformação radical da economia, na medida em que há uma redução enorme dos custos de informação de coordenação, e surgem as plataformas digitais e uma nova economia, a economia compartilhada ou colaborativa (MOREIRA, 2020, p. 63). Dentre estas novas formas de trabalhar, por exemplo se apresentam

¹⁷ “[...] término genérico que cubre un gran número de formas de trabajo, de modos de organización o de tareas propiamente dichas. Lo que crea un vínculo entre ellos es la transmisión de la información en tempos reales, em general por el medio telemáticos. [...] aquel que designa aquellas actividades ejercidas lejos de la sede de la empresa (se le denomina también en ocasiones trabajo a distancia), através de la comunicación diferida o directa por medio de las nuevas tecnologías. [...] el concepto de teletrabajo se vincula exclusivamente com quienes, de forma originaria o como fruto de un acuerdo de externalización de funciones previamente desarrolladas de forma presencial, desarrolla un trabajo em beneficio de uno o más empresarios, bien desde su domicilio o bien desde outro lugar distinto del habitual u ordinario, sirviéndose de médios o equipos informáticos y de telecomunicaciones para su ejecución y eventualmente para entrar em conexión con el destinatario de su actividad. [...] forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente em los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular. [...] actividad laboral, generalmente em el sector servicios, por cuenta propia o ajena, que se lleva a cabo fuera del centro de trabajo habitual, utilizando las tecnologías de la información y las telecomunicaciones. [...] Teletrabajo es trabajo a distancia, utilizando las telecomunicaciones y por cuenta ajena” (CHAPARRO, 1996, p. 38). Para a Organização, o tema teletrabalho, admitido como espécie do gênero “trabalho à distância”, é normatizado pela Convenção 177, de 1996 (não ratificada pelo Brasil), sobre trabalho a domicilio e pela Recomendação 184. “A forma de trabalho efetuada em lugar distante do escritório central e/ou do centro de produção, que permita a separação física e que implique o uso de uma nova tecnologia facilitadora da comunicação” (GONÇALVES *et al.*, 2018, p. 3).

¹⁸ Tradução: “Ao contrário da economia industrial dos séculos XIX e XX, tão mecanizada e alienante para o trabalhador, esta economia de serviços tende a colocar em primeiro plano a criatividade, a inspiração, a velocidade de adaptação, a inovação e a iniciativa individual, ao saber. Mais descentralizada, faz da exploração ótima dos recursos e das competências humanas uma das suas engrenagens essenciais” (CHAPARRO, 1996, p. 10).

a *sharing economy*¹⁹, *Gig economy*²⁰, *crowdwork*²¹. Todas estas novas forma de trabalhar têm como característica comum a maior flexibilidade para trabalhar, trazendo uma maior sensação de autonomia, em comparação com o modelo tradicional de trabalho.

Neste ponto, Maranhão e Savino (2021, p. 36) lecionam:

De modo geral, a premissa é simples: tem-se um novo conjunto de relações sociais e de trabalho centradas no ambiente virtual, especificadamente em uma plataforma digital, dentro da qual trabalhadores possuem um local para divulgar seus serviços para o maior número de pessoas possível, podendo, a depender do tipo de plataforma, transcender o mercado local ou mesmo nacional. As plataformas agem como uma espécie de “intermediador” entre o tomador e o prestador de serviço, barateando custos organizacionais e facilitando o contato entre a demanda e a oferta mediante a cobrança de uma taxa pelo seu uso.

Para Moreira (2020, p. 64), se está perante uma mudança que não é somente estrutural, mas, também e principalmente funcional, no sentido de que mudou profundamente a maneira de efetuar a prestação laboral. Esta situação implica uma mudança capital e um redimensionamento do Direito do Trabalho, já não tanto em sentido material de alteração da sua extensão e volume, mas um processo de revisão do seu âmbito ou extensão, da sua intensidade e do nível que se deve adotar na sua regulamentação, podendo se falar de uma nova dimensão da sua disciplina.

O segundo ponto refere-se à exigência acerca da separação física, ou seja, que a execução da atividade laborativa seja em local distinto do estabelecimento empresarial. A particularidade em questão, diz respeito a uma das características que torna distinta do modelo tradicional do trabalho, ou seja, o trabalho não pode ser desenvolvido na sede do estabelecimento, necessariamente deve existir um distanciamento, mesmo que pequeno.

O terceiro ponto que destaca-se diz respeito à utilização de tecnologia para mediar a relação entre empregado e o empregador, em uma ou mais etapas do desenvolvimento, execução e entrega do resultado do trabalho.

A definição apresentada pela OIT dispõe “[...] implique o uso de uma nova tecnologia facilitadora de comunicação” (GONÇALVES *et al.*, 2018, p. 3). Ao usar a expressão em

¹⁹ Economia de compartilhamento, onde se concentra no compartilhamento de bens, serviços ou saberes subutilizados ou sem uso, mediante, ou não, uma contrapartida pecuniária, melhorando a eficiência, sustentabilidade e a comunidade em geral (MARANHÃO; SAVINO, 2020, p. 34-35).

²⁰ Trata-se da utilização da força de trabalho para geração de renda ocorre por meio de “bicos”, ou seja, tarefas de execução esporádica e de maneira instantânea mediadas por ferramentas digitais (MARANHÃO; SAVINO, 2020, p. 35).

²¹ Tipo de trabalho executado por meio de plataformas *online* que colocam em contato um número indefinido de organizações, empresas e indivíduos pela internet, permitindo conectar clientes e trabalhadores em nível global (MARANHÃO; SAVINO, 2020, p. 35-36).

questão, dá a entender que somente na hipótese de uso de uma “nova tecnologia” se estaria diante desta nova forma de trabalho, o que não é verdade. Defende-se que o conceito apresentado ficaria melhor redigido com a utilização da expressão “qualquer” em vez de “nova”. Portanto, apresentaria a seguinte redação: “implique o uso de [qualquer] tecnologia facilitadora de comunicação”.

Para Masi (2012, p. 155) o teletrabalho apresenta a seguinte definição:

Um trabalho realizado longe dos escritórios empresariais e dos colegas de trabalho, com comunicação independente com a sede central do trabalho e com outras sedes, através de um uso intensivo das tecnologias da comunicação e da informação, mas que não são, necessariamente, sempre de natureza informática.

O ponto que destaca-se do referido conceito é acerca do emprego da expressão “não necessariamente de natureza informática”, visto que existe divergência sobre a correta utilização da ferramenta para promover a interação necessária em decorrência da distância. Enquanto alguns afirmam ser de natureza informática, outros entendem que a natureza da comunicação é primordial. Por sua vez, existe um terceiro posicionamento que entende que a interação deva ocorrer por qualquer meio telemático.

A este propósito, Chaparro (1996, p. 38-39) escreve:

El teletrabajo se utilizan las telecomunicaciones. Implica necesariamente la transmisión del producto del trabajo por un medio de comunicación. También, en ocasiones, la transmisión, por parte del empleador, de los datos e informaciones útiles para la ejecución del trabajo solicitado. No importa cuáles sean estas telecomunicaciones. Se puede teletrabajar con un teléfono, o un fax, o con todo tipo de medios o sistemas de telecomunicación sofisticados, con redes de área local, satélites, red digital de servicios integrados, correo electrónico, áudio, o videoconferencia, etc. Por otra parte, las tecnologías de la información se utilizan no sólo como enlace con el empleador, sino también como instrumento de trabajo fundamental: para consultar base de datos, navegar por la información, relacionarse con otros individuos de un mismo equipo o grupos de trabajo, etc. Este factor del empleo de las telecomunicaciones va íntimamente unido al de la distancia, porque si no es teletrabajo el trabajo a distancia, sin telecomunicaciones, tampoco consideramos teletrabajo el que se realiza con telecomunicaciones y sin que medie una distancia. El trabajo a distancia sin que medie la utilización de telecomunicaciones es el trabajo a domicilio tradicional que há existido siempre. Se trata del trabajo de personas que, por ejemplo, cosen o fabrican em casa piezas o productos completos para empresas o particulares, a cambio de una remuneración. Si no se utilizan las telecomunicaciones, no hay teletrabajo, incluso aunque intervenga la informática²².

²² Tradução: “O teletrabalho utiliza as telecomunicações. Implica necessariamente a transmissão do produto do trabalho por meio de um meio de comunicação. Também, por vezes, a transmissão, pelo empregador, dos dados e informações úteis para a execução do trabalho solicitado. Não importa quais sejam essas telecomunicações. Você pode teletrabalhar com telefone, ou fax, ou com todos os tipos de meios ou sistemas sofisticados de telecomunicações, com redes locais, satélites, rede digital de serviços integrados, correio eletrônico, áudio ou

Não pode-se perder de vista que os ensinamentos de Chaparro (1996), se deram no ano de 1996, quando ainda sequer existia grandes avanços tecnológicos, como o desenvolvimento da *internet* por exemplo. De lá para cá, muita coisa mudou. Houve a saída da Terceira Revolução Industrial, também conhecida como Revolução Digital, marcada pelo computador e *internet*, para a Quarta Revolução Industrial com a integração entre os sistemas digitais combinando o físico, digital e biológico.

O posicionamento aqui adotado, acerca do ponto, é que qualquer ferramenta tecnológica que promova a interação necessária em decorrência da distância, seja ela ligada à informática ou comunicação deva ser considerada para fins de conceituação. Neste particular, em decorrência do crescente e exponencial desenvolvimento das tecnologias, o que hoje representa um avanço, amanhã certamente será obsoleto. Em decorrência disso, como um dos elementos integrantes da definição, melhor seria a expressão “qualquer ferramenta tecnologia”, em vez de não necessariamente de natureza informática.

Aranda (2001, p. 32) apresenta a seguinte definição:

*Em sínteses, el teletrabajo puede definirse, a mi entender, como una forma de organización y/o ejecución del trabajo realizado en gran parte o principalmente a distancia, y mediante el uso intensivo de las técnicas informáticas y/o de telecomunicación.*²³

O ponto a se destacar acerca do conceito apresentado pelo professor espanhol é que não se trata apenas de uma forma de organização diferente do modelo tradicional de trabalho, mas também de execução do trabalho. Esta diferenciação reside não só com relação à dinâmica de trabalho, mas também com relação à sua realização.

Enquanto no modelo tradicional de trabalho, via de regra, se apresenta de maneira mais visível o poder diretivo empresarial durante o transcurso da jornada de trabalho. Nesta modalidade de trabalho a preocupação maior se dá quanto ao resultado da atividade laborativa. Quanto à sua execução, enquanto no modelo clássico de trabalho o empregador é presente, em

videoconferência, etc. Por outro lado, as tecnologias de informação são utilizadas não só como elo com o empregador, mas também como ferramenta de trabalho fundamental: para consultar bases de dados, navegar na informação, interagir com outros indivíduos da mesma equipa ou grupos de trabalho. , etc. Este fator da utilização das telecomunicações está intimamente ligado ao da distância, porque se o trabalho à distância não é teletrabalho, sem telecomunicações, não consideramos teletrabalho aquele que se faz com telecomunicações e sem distância. O trabalho remoto sem o uso de telecomunicações é o trabalho em casa tradicional que sempre existiu. Este é o trabalho de pessoas que, por exemplo, costuram ou fabricam peças ou produtos completos em casa para empresas ou pessoas físicas, em troca de remuneração. Se as telecomunicações não forem usadas, não há teletrabalho, mesmo que a computação intervenha” (CHAPARRO, 1996, p. 38-39).

²³ Tradução: “Em suma, o teletrabalho pode definir-se, na minha opinião, como uma forma de organização e/ou execução de um trabalho realizado maioritariamente ou principalmente à distância, e através da utilização intensiva de técnicas informáticas e/ou de telecomunicações” (ARANDA, 2001, p. 32).

decorrência das atividades se desenrolam na sede da empresa, em se tratando de teletrabalho a realização das atividades laborativas ocorrem pela intermediação de instrumentos e ferramentas tecnológicas a distância.

Outro ponto que destaca-se do referido conceito, diz respeito à utilização intensiva de técnicas informáticas e/ou de telecomunicações, ou seja, para o autor não importa se a utilização da tecnologia seja vinculada mais a informática ou as telecomunicações, o importante é que a mesma ocorra de maneira intensa.

Para Estrada (2014, p. 90) o teletrabalho apresenta a seguinte definição:

A transmissão da informação conjuntamente com o deslocamento do trabalhador, através de antigas e novas tecnologias da informação, em virtude de uma relação de trabalho, permitindo a execução à distância, prescindindo da presença física do trabalhador em lugar específico de trabalho.

O primeiro destaque, diz respeito à ênfase dada acerca do deslocamento do trabalhador em conjunto com a transmissão da informação. Nesse sentido, não tratou o autor de definir que a mesma deva ocorrer de maneira simultânea, visto que existem diversas modalidades de teletrabalho, onde a transmissão do resultado do labor, irá ocorrer posteriormente ao desenvolvimento e execução do mesmo, ou seja, só na entrega do resultado do trabalho.

O segundo ponto diz respeito à utilização “através de antigas e novas tecnologias da informação” conforme dito anteriormente nos comentários sobre a definição da OIT, inexistente necessidade de firmar que se trata de uma “nova” ou “antiga” tecnologia, até mesmo porque a mesma muda de maneira exponencial. Por exemplo, a potência do computador mais sofisticado dobra, em torno de 24 meses, em uma tendência de crescimento geométrico (MARANHÃO; SAVINO, 2021, p. 28-29).

Defende-se que o conceito apresentado ficaria melhor redigido com a utilização da expressão “qualquer” em vez de “através de antigas e novas tecnologias da informação”.

Salienta-se também do referido conceito a utilização da expressão “relação de trabalho”, uma vez que, como visto, com o advento da modificação do artigo 6º da CLT introduzido pela Lei n. 12.551/11 para todos os efeitos legais, inexistente qualquer diferenciação entre o trabalho realizado no modelo tradicional de trabalho e o trabalho realizado à distância mediado por ferramentas tecnológicas.

Por fim, ressalta-se do conceito de Estrada (2014) acerca da desnecessidade da presença pessoal do trabalhador em lugar específico de trabalho. Nesse sentido, não significa que o trabalhador não tenha um lugar próprio para executar seu trabalho, como por exemplo, um escritório em sua residência. Em realidade, o que o autor quis dizer, diz respeito à falta de

necessidade da presença física do obreiro num local de trabalho específico, visto que um dos seus requisitos principais diz respeito à distância do centro da atividade patronal.

Dentro destes diversos conceitos sobre teletrabalho, existe também uma série de modalidades de teletrabalho a saber: “*on-line*” (conexão contínua e interativa com a empresa); “*off-line*” (conexão somente em momentos pontuais); “*onwayline*” (conexão em sentido único com o computador da empresa, sem interação); “*twowayline*” (de forma interativa com distintos computadores) (CERVILLA GARZÓN; JOVER RAMÍREZ, 2015, p. 3).

Uma análise de cerca de 50 definições de teletrabalho tem mostrado que elas contam com três pontos em comum: localização, organização e tecnologia. Trata-se, no caso, das três características que, em conjunto, apontam para a nota distintiva do teletrabalho em relação às outras modalidades de gestão do trabalho (MASSI, 2017, p. 87).

Por tratar-se de uma nova forma de trabalhar, o teletrabalho e suas derivações possuem características em comum, o que se verá no tópico a seguir.

3.5 CARACTERÍSTICAS DO TELETRABALHO

O teletrabalho, na presente dissertação, está adstrito ao *home office* ou *home work*, entretanto existem uma série de modalidades que são relacionadas por critérios de localização, temporal ou comunicativo. Dentre eles destaca-se o teletrabalho por meio de plataformas e aplicativos; teletrabalho transfronteiriço; teletrabalho em centros de trabalho (Telecentros); teletrabalho móvel ou itinerante; teletrabalho em *telecottages*.

Todas estas modalidades de teletrabalho apresentam características que variam de acordo com a predominância de um elemento ou outro, entretanto todas estas variações possuem componentes em comum, como a organização, localização e a tecnologia.

Neste ponto, Fincato (2016, p. 375) esclarece:

O teletrabalho é modalidade de trabalho com características próprias e pode ser melhor detectado se conjugados, numa relação fática, os três elementos [...] Destarte, pode-se afirmar que se existentes numa mesma relação os elementos geográficos, tecnológico e organizativo próprios do teletrabalho, não há que se ter dúvidas acerca de se estar (ou não) diante de tal modalidade laboral.

A primeira característica própria do teletrabalho, diz respeito à questão ***geográfica ou de localização***.

Em primeiro lugar, faz-se necessário esclarecer que o teletrabalho e o trabalho à distância possuem aspectos distintos: enquanto o primeiro necessariamente utiliza as

Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC), o segundo pode ser realizado sem a necessidade do aparato tecnológico.

No capítulo terceiro, onde aborda-se acerca dos dispositivos legais introduzidos pela Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, em se tratando de teletrabalho, buscou-se tratar acerca desta característica presente no artigo 75-B da CLT em que o trabalho é realizado (executado) de maneira preponderante ou totalmente fora do estabelecimento empresarial.

Dito isto, pode-se afirmar que a primeira característica do teletrabalho consiste no fato de a atividade laboral ser realizada longe do local onde o resultado é esperado ou entregue. Com efeito, de regra, o trabalho deve ser entregue na sede da empresa ou pode ser determinado que o fruto do trabalho seja entregue diretamente a um cliente por exemplo, ou seja, o tomador do serviço ou empregador solicita que o trabalhador entregue o resultado do labor diretamente a um terceiro (cliente).

Para Chaparro (1996, p. 38) teletrabalho é trabalho remoto. A atividade é desenvolvida para uma empresa ou instituição (empregador) sem se deslocar ao local de trabalho tradicional, ao empreendimento ou ao escritório. Nesta abordagem, não se questiona o local onde este trabalho é realizado e que não é o tradicional: a casa, o telecentro, o veículo em que o teletrabalhador se desloca para visitar os clientes, etc. Simplesmente é feito fora dos limites imediatos do local onde seus resultados são avaliados. Além disso, o empregador não tem a possibilidade física de observar a execução do benefício pelo trabalhador.

Esta estratégia empresarial visa promover uma certa autonomia do trabalhador, assim como a sua mobilidade geográfica. Ademais, permite dar um alcance extraterritorial, conveniente para as exigências da globalização e, conseqüentemente, favoráveis a muitas atividades produtivas (REBELO, 2004, p. 13).

Neste ponto, Nunes (2018, p. 55) ensina:

A distância – ou localização – é o principal elemento do teletrabalho. Estar vinculado ao ambiente laboral, prescindindo da presença física, mas amplamente envolvido com a dinâmica do tele-empregador ou do cliente, unido a estes por uma tecnologia capaz de especificar todo o trabalho a ser feito e o envio de seu resultado. É a possibilidade de ser produtivo e comunicável em qualquer parte do globo. A distância é como um muro de gelo, que a tecnologia aquece e elimina barreiras.

Para Aranda (2001, p. 26):

El teletrabajo es trabajo realizado lejos del lugar donde el resultado es esperado, esto es, a distancia del empleador o cliente a quien va destinado, , de manera que quien contrata el trabajo no puede vigilar físicamente la ejecución del mismo. Em rigor se trata de un tipo de trabajo prestado fuera de las instalaciones propias de la empresa, esto es, del centro de trabajo em la estricta acepción legal del término. Em este

*sentido, y sólo en éste, como veremos después, el teletrabajo puede coincidir con el trabajo a domicilio de tipo tradicional. El concepto de teletrabajo es mucho más amplio y abarca actividades laborales realizadas total o parcialmente fuera de la empresa [...]*²⁴

Destaca-se, também, que a execução do teletrabalho, a princípio, não comporta vigilância pessoal ou controle físico por parte do empregador.

Nunes (2018, p. 55) enfatiza que o teletrabalhador não se encontra no escritório central. Ainda que ele esteja em seu domicílio ou em qualquer outro ambiente, mesmo que em localização próxima e/ou ao lado do empreendimento ao qual está vinculado, estará caracterizado o teletrabalho no quesito localização.

Para Fincato (2016, p. 375) o local de trabalho é separado fisicamente do local onde situada a empresa (não importa a distância, mas sim a separação física em si). Portanto, se a distância for pequena, de alguns quilômetros ou quiçá transfronteiriça não importa para o teletrabalho, visto que é sua principal característica.

A segunda característica própria do teletrabalho, diz respeito à questão da ***tecnologia de informação e comunicação***.

A atividade laborativa do teletrabalho é externada através das tecnologias de informação e comunicação, dependendo é claro do labor desempenhado. Esta característica é imprescindível para configurar teletrabalho.

Conforme enfatizado no tópico anterior, o uso da expressão “qualquer tecnologia” por ser mais genérica, abrangeria a comunicação e informação, até mesmo porque os avanços tecnológicos se modificam a todo instante.

Para Nunes (2018, p. 57):

O trabalho remoto poderá ser exercido pelas variadas tecnologias que permitem as transmissões de informações no ambiente laboral virtual. Atualmente, computadores e notebooks, pagers, celulares, tablets e quaisquer outros aparelhos transmissores de informações são suficientes para caracterizar o vínculo de teletrabalho.

²⁴ Tradução: “O Teletrabalho é trabalho realizado longe do lugar onde o resultado é esperado, isto é, a distância do empregador ou cliente a quem se destina o trabalho, de maneira que quem contrata o trabalho não pode vigiar fisicamente a execução do mesmo. Estritamente falando se trata de um tipo de trabalho prestado fora das instalações próprias da empresa, isto é, do centro de trabalho na estrita acepção legal do termo. Neste sentido e somente neste, como veremos depois, o teletrabalho pode coincidir com o trabalho a domicilio do tipo tradicional. O conceito de teletrabalho é muito mais amplo e cobre atividades laborais realizadas total ou parcialmente fora da empresa [...]” (ARANDA, 2001, p. 26).

Neste mesmo sentido, Aranda (2001, p. 27), leciona:

El teletrabajo se caracteriza por la utilización de nuevas tecnologías que permiten la externalización de la actividad. El teletrabajo no es sólo trabajo realizado fuera de la empresa o centro de trabajo, es trabajo a distancia haciendo un uso intensivo de las técnicas informáticas y/o de telecomunicación (teléfono, fax, correo electrónico, redes de área local, videoconferencia, etc.)²⁵

Aranda (2001, p. 27) traz um exemplo: um tradutor não teletrabalha quando desenvolve sua atividade de modo tradicional e envia o resultado, através da via postal, para a empresa. Agora, se este mesmo tradutor recebe o texto para traduzir em um *notebook* e utiliza o correio eletrônico como meio de comunicação com a empresa, recebe as instruções através de um *modem* e transmite a tradução a esta mesma empresa pela via telemática, daí é considerado a atividade como teletrabalho.

O emprego da tecnologia, no momento de receber as ordens, utilização, execução ou transmissão do trabalho para o empregador, constitui-se como uma das características do teletrabalho.

Para Chaparro (1996, p. 38) implica necessariamente a transmissão do produto do trabalho por meio de comunicação. Também, por vezes, a transmissão, pelo empregador, dos dados e informações úteis para a execução do trabalho solicitado. Não importa quais sejam essas telecomunicações. Pode trabalhar à distância com telefone, ou fax, ou com todo o tipo de meios ou sistemas sofisticados de telecomunicações, com redes locais, satélites, rede digital de serviços integrados, correio eletrônico, áudio ou videoconferência, etc.

Alguns autores, como Bramante (2012, p. 397), divergem acerca do meio utilizado, afirmando que não poderia ser qualquer tipo de tecnologia ou ferramenta tecnológica, sendo necessário as telecomunicações para transmitir o resultado do trabalho. Contudo, parece um “preciosismo” desnecessário, não contribuindo em nada no debate sobre o tema, até mesmo porque todo o aparato tecnológico está em crescente e permanente evolução.

Nesse sentido, o artigo 75-B da CLT, como acima visto, dispõe sobre tecnologias de comunicação e informação, de forma ampla, sem estabelecer quaisquer limitações no particular.

Para Fincato (2016, p. 375), há o emprego obrigatório de tecnologias de informação e comunicação para mediação da distância e envio/recebimento de tarefas/trabalho.

²⁵ Tradução: “O teletrabalho caracteriza-se pela utilização de novas tecnologias que permitem a externalização da atividade. O teletrabalho não é apenas um trabalho realizado fora da empresa ou local de trabalho, é um trabalho remoto que faz uso intensivo de técnicas informáticas e/ou de telecomunicações (telefone, fax, e-mail, redes locais, videoconferência, etc.)” (ARANDA, 2001, p. 27).

O trabalho remoto poderá ser exercido pelas variadas tecnologias que permitem as transmissões de informações no âmbito laboral virtual. Atualmente, a utilização de computadores, *notebooks*, *paggers*, celulares, *tablets* e quaisquer outros aparelhos transmissores de informações são suficientes para caracterizar o vínculo de teletrabalho (NUNES, 2018, p. 57).

A terceira e última característica própria do teletrabalho, diz respeito à sua **organização**.

O teletrabalho é uma forma de organização e realização do trabalho, distinta dos meios tradicionais. Trata-se de uma maneira diversa do modelo tradicional para o desenvolvimento e execução das atividades laborativas. Esta nova forma de organizar o trabalho tem por característica principal estabelecer entre duas partes (uma entidade empregadora e um trabalhador) um conjunto de relações laborais à distância, asseguradas por instrumentos informáticos e/ou instrumentos de telecomunicações (REBELO, 2004, p. 3).

Alguns autores entendem que teletrabalho é mais do que uma nova forma de trabalhar, tratando-se de uma verdadeira quebra de paradigma sobre o trabalho tradicional, em razão de certo grau de liberdade. Para Aranda (2001, p. 29) o teletrabalho é, sobretudo, um modo de organização e execução diferente do modelo tradicional de trabalho:

Segundo Rebelo (2004, p. 8):

Contudo, com o desenvolvimento das TIC a possibilidade de executar trabalho a partir do domicílio constitui um “novo modelo de organização” que oferece grande flexibilidade às entidades empregadoras, representando uma vantagem concorrencial importante. Emerge então uma “nova forma trabalho” – o teletrabalho – que possibilita às empresas a opção (ou não) em gerir e organizar o trabalho a partir do domicílio, agora através do recurso às TIC, permitindo a emergência da denominada “terciarização do trabalho no domicílio” ligada ao amplo movimento de mudança tecnológica.

A adoção de regras jurídicas relativas à flexibilidade da organização do trabalho procura responder à vontade das empresas para desenvolverem novas práticas em matéria de gestão de recursos humanos, mais adaptadas às exigências produtivas e de competitividade (REBELO, 2004, p. 11).

Segundo Nunes (2018, p. 61), os dois primeiros requisitos – distância e tecnologia – serão fundamentais para a configuração do teletrabalho, porém a organização surge como um terceiro requisito flexível, porquanto o teletrabalhador não pode sofrer prejuízos em razão do não enquadramento do teletrabalho em seu *modus operandi* tão somente porque o empregador não se organizou eficientemente para recebê-lo ou não forneceu o equipamento adequado.

O teletrabalho por tratar-se de uma forma de organização e execução diferenciada, permite que qualquer trabalho, desde que ocorra preponderantemente fora das dependências empresariais, com a utilização do aparato tecnológico, possa transformar-se em teletrabalho.

Como visto no tópico terceiro, ao tratar do regime de teletrabalho no âmbito da CLT, segue-se o exemplo das legislações estrangeiras, identificando como forma diferenciada de prestação de serviços, retirando qualquer possibilidade de ser considerada como categoria diferenciada ou profissão específica.

Esta forma diferenciada, que a distingue do modelo tradicional de trabalho, se dá por conta da execução das tarefas laborativas ocorrerem fora do estabelecimento empresarial, sem seu controle direto e presencial.

Segundo Fincato (2019, p. 12) o empregador deverá estar organizado, em sua estrutura produtiva e de recursos humanos, para o teletrabalho, visualizando o trabalhador remoto como integrante de sua rede de empregados em todas as ações e estratégias (ambiência laboral, medicina do trabalho, capacitações e promoções etc.).

Diante destas breves considerações acerca das características sobre teletrabalho, no tópico a seguir serão abordadas as obrigações inerentes a todo e qualquer contrato de trabalho, bem como daqueles acrescidos por força contratual, considerados especiais por tratar-se de matriz diferenciada de labor.

3.6 AS OBRIGAÇÕES DO EMPREGADOR E DO EMPREGADO NO TELETRABALHO

As incessantes evoluções econômica e tecnológica, no presente contexto global, trazem consigo inevitáveis repercussões nas formas de produzir e de laborar. O surgimento da rede mundial de computadores (internet), a demanda crescente por serviços, a maior qualificação dos trabalhadores e o desenvolvimento acelerado dos meios de comunicação contribuem para que o modelo tradicional de organização do trabalho, desenvolvido no capitalismo industrial dos séculos XVIII e XIX, cede espaço para um novo arquétipo de relação entre empregado e empregador (MASSI, 2017, p. 88).

O teletrabalho acompanha a tendência atual de descentralização do direito do trabalho, juntamente com as terceirizações, núcleos produtivos diversos na mesma região, semiautônomos, etc. Ocorre uma desnuclearização, na qual a relação de emprego não se limita mais a um conflito de trabalho subordinado. Tudo isso em razão das novas formas de organização do trabalho com o auxílio da tecnologia, que geram mudanças que se adaptam ao novo modelo produtivo e, assim, dispensam a clássica relação de subordinação, direta do

empregado ao seu empregador. Estas novas técnicas inclusive facilitam o teletrabalho em todas as suas modalidades (NUNES, 2018, p. 61).

Uma das principais modalidades é teletrabalho em domicílio, que se realiza no domicílio ou ambiente familiar do teletrabalhador. Organiza-se um escritório – também conhecido por *home office* (escritório em casa) ou *home work* (trabalho em casa) – onde são instalados todos os equipamentos necessários ao desempenho das atividades (NUNES, 2018, p. 61).

Nesta pesquisa, tratar-se-á desta modalidade de teletrabalho em particular, no tocante as obrigações das partes envolvidas, não se podendo perder de vista, desde que caracterizado seus pressupostos, tratar-se de uma relação de emprego, não havendo distinção, por força de lei, da matriz tradicional do trabalho, havendo apenas algumas diferenciações.

No teletrabalho subordinado em *home office*, apesar de estar presente os elementos caracterizadores da relação de emprego, previstos nos artigos 2º e 3º da CLT, por se tratar de modelo particularizado de trabalho, os requisitos se apresentam de maneira diferenciada.

Nesta perspectiva inicial, pode-se afirmar que as obrigações primárias são aquelas norteadoras de toda e qualquer relação de emprego. O primeiro elemento caracterizador é que o trabalho remoto deve ser prestado por pessoa física, sendo que na hipótese de ser realizado por pessoa jurídica a relação ganha um contorno de relação comercial, configurando a execução dos serviços como um telesserviço e não como um teletrabalho.

A distinção, apesar de óbvia, é necessária, tendo em vista que para caracterizar uma relação de emprego necessariamente o trabalho deva ser prestado com pessoalidade.

A exemplo do que ocorre com a relação de emprego tradicional, em se tratando de teletrabalho em *home office*, o requisito pessoalidade se faz presente, apenas dando-se maior relevância ao objetivo a ser alcançado, ou seja, o resultado ou produto do serviço.

Por existir uma série de situações e modelos de teletrabalho, a pessoalidade pode sofrer uma série de mutações, em que a pessoalidade seja mais ou menos imprescindível para execução daquele determinado modelo de teletrabalho, por conta das habilidades ou qualificações específicas daquele teletrabalhador.

A respeito da pessoalidade, parte da doutrina²⁶ entende que desde que ocorra ocasionalmente e autorizado de modo expresso pelo empregador é possível a substituição do teletrabalhador para a sua execução, já outros, entendem que é imprescindível a pessoalidade, não sendo permitido, nem mesmo excepcionalmente a substituição (ROCHA; MUNIZ, 2013).

²⁶ Entre os autores, destaca-se Nascimento (1991).

A justificativa utilizada pela doutrina, no âmbito do teletrabalho, acerca da pessoalidade com menor rigor, tem como pressuposto a aceitação tácita do empregador no que concerne à cooperação de familiares na execução dos serviços telelaborais. Salienta-se que parte da doutrina e a jurisprudência têm sustentado o entendimento de que os auxílios eventuais de terceiros às atividades que o teletrabalhador realiza não são suficientes para desconfigurar o vínculo empregatício, ou seja, este se forma mesmo se a tarefa não tiver sido executada exclusivamente de modo pessoal (NUNES, 2018, p. 84).

Nesse ponto, Sako (2012, p. 27) ensina:

Não havendo no contrato cláusula de pessoalidade na execução do teletrabalho, presume-se que este poderá ser realizado por qualquer pessoa. Se o tomador dos serviços pretender que o trabalho seja prestado pessoalmente pelo teletrabalhador, deverá manifestar tal intenção, por escrito, pois até mesmo quando o trabalho é personalíssimo, singular e contém fatores subjetivos, como estilo, criatividade, imaginação, poderá ser executado por outra pessoa. As atividades intelectual, científica, artística ou cultural, que exigem a produção ou manifestação de aptidões literária, musical, corporal, pintura, escultura, desenho, interpretação, criação ou reprodução, podem também serem transferidas a outra pessoa, sendo suficiente que possua os atributos necessários à sua realização. Se a pessoalidade na execução do trabalho não for exigida, o trabalho poderá ser executado por qualquer pessoa, na medida em que o que espera o tomador é que o resultado seja atingido.

Contudo, neste trabalho adota-se um posicionamento contrário, visto que a pessoalidade é requisito essencial da relação de emprego, até mesmo porque por força da legislação, existe a igualdade de direitos entre trabalhador na matriz tradicional de trabalho e o teletrabalhador. Ademais, tolerar qualquer relativização do requisito em questão trará consequências nefastas gerando a possibilidade de retirada de direitos sociais do teletrabalhadores.

Com relação ao elemento caracterizador onerosidade de uma relação de emprego, sob a modalidade teletrabalho em *home office*, também está presente, porém a mesma está vinculada ao que foi previamente pactuado no contrato de trabalho, sendo habitual ocorrer a contraprestação pecuniária somente “do trabalho efetivo” e não mais o tempo à disposição, como ocorre no modelo tradicional de trabalho.

O tempo à disposição do empregado em atender alguma necessidade ou circunstância emergencial em favor do empregador sempre existiu, o que muda com as novas tecnologias, através do teletrabalho, é que sob a justificativa da maior autonomia e flexibilidade do obreiro na condução da execução do labor, não é mais possível fixar com precisão qual o “tempo livre” e qual o “tempo de trabalho”.

Neste ponto, Silva (2019, p. 18-19) leciona:

O conceito de tempo à disposição do empregador é fundamental para a compreensão das relações trabalhistas. Outrora alguém pode ter imaginado que o empregado somente deve ser remunerado pelo tempo em que está efetivamente na execução de uma ordem: apertar um parafuso; atender a um cliente; manipular um produto. Com o passar do tempo, notou-se que também o tempo de espera – da matéria-prima da chegada do cliente ou da fixação da ordem – é parte integrante do contrato de trabalho, pois o empregado permanece à disposição do poder diretivo. Também se notou que períodos não trabalhados são parte integrante do contrato de trabalho, como forma de se aumentar o descanso para o revigoramento do empregado, o que a CLT chama genericamente de períodos de interrupção contratual (art. 473), como os dias de repouso semanal ou os intervalos obrigatórios de algumas atividades particularmente desgastantes, como os telefônicos (art. 227), os empregados de frigoríficos (art. 253) ou os digitadores (NR 17) e operadores de *telemarketing* (NR 17, anexo II). E, num quarto momento, também os períodos gastos em deslocamentos, para regiões ermas ou de difícil acesso, desprovidas de transporte público regular, passaram a ser considerados tempo à disposição do empregador (Súmula 90 do TST).

Mais uma vez, o posicionamento aqui adotado é em sentido contrário, visto que existe uma série de dispositivos e ferramentas tecnológicas que permitem aferir com precisão os períodos de labor mesmo à distância do teletrabalhador, independentemente do local onde se realizem as tarefas laborativas.

Nesse sentido, Aranda (2001, p. 105) aponta:

La evaluación del tiempo no es ya óbice para establecer esta modalidad salarial en los supuestos de teletrabajo interactivo o en algunos supuestos de teletrabajo off-line a domicilio, por cuanto, como ya hemos señalado, determinados programas informáticos permiten almacenar en la memoria del ordenador el tiempo real de utilización del mismo por el teletrabajador. De este modo, el empresario está en disposición de comprobar el número de horas efectivamente trabajadas y, en consecuencia, el teletrabajador puede ser retribuido a tiempo como si trabajase en los locales de la empresa.²⁷

Esta nova modalidade de trabalho, que permite que o teletrabalhador tenha maior liberdade e mobilidade nas suas obrigações e atividades laborativas, é também seu algoz, uma vez que a tele disponibilidade ganha especial relevância, trazendo inevitavelmente maiores riscos à saúde e privacidade do trabalhador.

Embora à luz do ordenamento jurídico brasileiro o tempo de serviço efetivo resida na disponibilidade do empregado para com seu empregador (art. 4º e art. 309, ambos da CLT),

²⁷ Tradução: “A avaliação do tempo deixa de ser um obstáculo ao estabelecimento desta modalidade salarial nos casos de teletrabalho interativo ou em alguns casos de teletrabalho off-line em casa, porque, como já referimos, determinados programas informáticos permitem armazenar no computador memória o tempo real de utilização do mesmo pelo teletrabalhador. Dessa forma, o empregador tem condições de verificar o número de horas efetivamente trabalhadas e, conseqüentemente, o teletrabalhador pode ser pago em dia como se estivesse trabalhando nas dependências da empresa” (ARANDA, 2001, p. 105).

infelizmente seja pelo entendimento contrário de parte da doutrina, seja pela própria natureza deste modelo de trabalho, prevalece o pensamento que deva ser considerado somente o tempo de trabalho efetivo.

Para Nunes (2018, p. 86):

Todavia nas novas tecnologias modalidades de contrato de trabalho, a peculiaridade do pagamento por tempo à disposição é esfacelada, ainda que não importe em término da relação empregatícia. Isso porque o próprio diploma celetista ajusta que, salvo disposição em contrário – permitindo aqui cláusula especial de remuneração tão somente do trabalho efetivo -, o tempo à disposição será considerado período efetivo de trabalho.

Segundo Columbu e Massoni (2017, p. 24):

A evolução desse conceito, nos tempos modernos, tende a comprimir o sentido de disponibilidade - mas sem comprimir, necessariamente, o tempo de trabalho - de modo que a busca do tempo efetivo propenda para a eliminação de tempo morto na jornada, reputado como tempo perdido. Para a doutrina, a disponibilidade do empregado refere-se a três situações: 1. Prestação efetiva de trabalho; 2. Disposição para prestar trabalho e 3. Expectativa de ser convocado para o trabalho.

O teletrabalho põe em evidência dificuldades práticas de tais conceitos tradicionais de disponibilidade, trabalho efetivo e situações similares, por vezes ambíguas, nem sempre de fácil equacionamento, mas de suma importância, dada a estreita relação com a vida privada do trabalhador e o seu tempo de lazer (COLUMBU; MASSONI, 2017, p. 25).

Com relação ao outro requisito fundamental para a existência da relação de emprego, qual seja a contraprestação pelo trabalho, como regra geral, a mesma ocorre através de pecúnia, excepcionalmente em utilidades.

O art. 457 da CLT define remuneração como sendo o conjunto de parcelas contra prestativas pagas pelo empregador ao empregado, em virtude da relação de emprego, incluindo as gorjetas recebidas de terceiros; o art. 458 da CLT também especifica as utilidades que compõem o salário.

Nessa linha, colhe-se lição Silva (2019, p. 191):

- a) o art. 457, *caput*, apresenta um conceito geral de salários como todas as parcelas pagas em contraprestação aos serviços prestados (regra geral; presunção relativa);
- b) art. 457, § 1º, talvez desnecessário, apresenta os nomes de algumas parcelas salariais: “importância fixa”, “gratificações legais” e “comissões”; como, porém, há centenas de outros nomes no mundo do trabalho (ordenado, salário-base, retirada, estipêndio, soldo, vencimento, tarefa, *job*), somos forçados a considerar o rol meramente exemplificativo, o que se sustenta antes ou depois da Lei 13.467/2017;
- c) o art. 457, § 2º, retira a natureza salarial de algumas parcelas conhecidas do mundo do trabalho, excepcionando-as da regra geral;

- d) o vale-refeição já era desprovido de natureza salarial e, como a reforma trabalhista mantém a vedação ao pagamento em dinheiro, temos de entender que ela manteve a necessidade do respeito ao Programa de Alimentação do Trabalhador (Lei 6.321/1976);
- e) o prêmio ocasional ou aleatório sempre foi não salarial, mas recebe o incremento de um conceito razoável para se evitar a fraude;
- f) o abono não pode ser interpretado de modo irresponsável, para escamotear formas de contraprestação pelos serviços prestados, mas como uma bonificação ocasional, uma indenização ou uma recompensa.

Para Martins e Veriano (2004, p. 23):

A modernização da gestão empresarial e a adoção de novos modelos de organização do trabalho podem tornar as formas tradicionais de remuneração anacrônicas, em virtude de algumas características como a inflexibilidade, a ausência de objetividade, a metodologia desatualizada, o conservadorismo e a divergência da orientação estratégica da organização.

Estas mudanças flexibilizadoras buscam atrelar a outras formas de remuneração ligadas ao rendimento, à produtividade e aos resultados da empresa, também chamado de remuneração flexível.

Neste particular, o teletrabalho permite uma série de possibilidades e sistemas salariais, destacam-se algumas delas: com relação ao produzido, ao desempenho realmente realizado; tempo de execução do trabalho e complexidade do conteúdo; avaliação dos objetivos; peça por peça.

Diante dos inúmeros sistemas salariais possíveis e disponíveis, em se tratando de teletrabalho em *home office*, passa-se a abordar os mais utilizados.

Para Aranda (2001, p. 104), na modalidade salarial por unidade de tempo, o salário é calculado baseado no tempo de serviço. Das características que definem esse tipo de remuneração, o que mais chama a atenção é que ele atua sem levar em conta a quantidade de trabalho realizado, o que não significa que o resultado da atividade seja irrelevante.

Neste sistema, chamado de salário por unidade de tempo, é utilizado em teletrabalho interativo e teletrabalho *off-line* a domicílio, uma vez que o empregador, através de programas informáticos, consegue acessar a memória do computador comprovando o número de horas efetivamente trabalhadas.

De acordo com Aranda (2001, p. 108), neste sistema salarial por unidade de trabalho ou valor por peça, o salário é calculado por unidade de trabalho quando a fixação do seu valor é feita com base na quantidade de trabalho ou trabalho realizado, de modo que o módulo a remunerar é composto pelas peças, páginas, peças ou conjuntos determinados independentemente do tempo investido.

Para muitos autores, esta modalidade de salário representa o ápice da flexibilização laboral, porque está diretamente relacionada à produtividade, permitindo a empresa ter mais facilidade para ajustar custos de produção e nível de produção. Na Espanha, esta modalidade salarial, garante ao teletrabalhador com contrato de trabalho ou a domicílio o direito a perceber um salário no mínimo igual a de um trabalhador de categoria profissional equivalente ao respectivo setor econômico.²⁸

Em decorrência da Quarta Revolução Industrial, também chamada como a Era da Informação, e a exigência cada vez maior do mercado de teletrabalhadores qualificados e comprometidos, a tendência é a remuneração estar vinculada ao conteúdo da tarefa a ser executada e não mais a utilização do salário por unidade de tempo ou salário por unidade de trabalho.

Neste ponto, Aranda (2001, p. 107) ensina:

En suma, independientemente del establecimiento de toda una serie de requisitos que garanticen que no se están utilizando modalidades salariales distintas de las tradicionales a fin de disminuir la justa retribución del trabajador, no puede ignorarse que la transformación del trabajo subordinado y la aparición de profesionales y técnicos altamente cualificados demanda que una parte de teletrabajadores sean remunerados por referencia a la naturaleza de la misión confiada, la diligencia y competencia adecuadas a su cometido y la perfección de la labor realizada, independientemente del tiempo de trabajo efectivo, en el sentido de calcular cada vez más la cantidad de retribución a partir de la utilidad concreta e inmediata que comporta para la empresa el empleo del trabajador.²⁹

Cabe destacar um aspecto relevante, trazendo para a realidade brasileira, quanto à contraprestação pecuniária, visto que não poderá existir qualquer distinção ou diferenciação salarial entre um teletrabalhador e um empregado da matriz tradicional de trabalho que exerçam as mesmas atividades laborativas para o mesmo empregador.

As razões pelas quais não poderá haver distinção dizem respeito ao preconizado pelo princípio da igualdade, conforme o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, além do inciso XXXII do artigo 7º da CF que proíbe distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.

²⁸ Artigo 13.3 do Estatuto de los Trabajadores.

²⁹ Tradução: “Em suma, independentemente do estabelecimento de toda uma série de exigências que garantam que outras modalidades salariais que não as tradicionais não estejam sendo utilizadas para reduzir a justa remuneração do trabalhador, não se pode ignorar que a transformação do trabalho subordinado e a o aparecimento de profissionais e técnicos altamente qualificados exigem que uma parte dos teletrabalhadores seja remunerada por referência à natureza da missão confiada, à diligência e competência adequadas à sua atribuição e ao aperfeiçoamento do trabalho realizado, independentemente do tempo de trabalho efectivo, em o sentido de calcular cada um mais uma vez o valor da remuneração com base na utilidade concreta e imediata que o emprego do empregado acarreta para a empresa” (ARANDA, 2001, p. 107).

De acordo com Fincato (2016, p. 386-387):

Não pode haver política diferenciada de salários entre trabalhadores remotos e presenciais. A desterritorialização do trabalho tende a impregnar também as decisões em processos que discutam equiparação salarial. As empresas que organizam seus fluxos, quadros e processos para utilizar o teletrabalho devem zelar por isto.

Quanto ao requisito não eventualidade, tem a ver com trabalho necessário, de execução renovada e permanente essencial para o objetivo da empresa, trata-se de elemento espinhoso de difícil aferição, porque a quantidade de trabalho e a periodicidade do trabalho podem variar, em função da demanda do empregador ou tomador, não havendo como se medir a questão “tempo”.

Neste particular, entende-se que este requisito deve ser abrandado, diante desta singular modalidade de trabalho, havendo a necessidade de avaliar cada caso em concreto.

Uma vez feitas estas considerações acerca das obrigações primárias em relação ao teletrabalho, passa-se a abordar algumas obrigações específicas deste tipo de regime diferenciado de trabalho.

As disposições contratuais vão variar de acordo com a atividade de teletrabalho a ser desempenhada, como aquelas ligadas à área de vendas (seguro, por exemplo), profissionais liberais (arquitetos, advogados, economistas, consultoria em geral), desenvolvimento de *software*, trabalhos editoriais, desenvolvimento de jogos, gestão empresarial, setor de telecomunicações, setor de informática, área de ensino e formação, processamento eletrônico de dados, entre tantas outras (CHAPARRO, 1996, p. 76-77).

Aliado a estes requisitos de toda e qualquer relação de emprego, mesmo que alguns elementos sejam atenuados por esta nova forma de trabalhar, o teletrabalho em *home office*, por força do *caput* do art. 75-C da CLT, exige que a relação jurídica seja formalizada através de contrato escrito.

Nessa esteira, mesmo numa perspectiva do direito privado contemporâneo, de qualquer forma o contrato deve alcançar uma função social, em decorrência dos valores constitucionais, entre os quais primam a solidariedade e a dignidade da pessoa humana.

A esse respeito, colhem-se as considerações de Moraes (2010, p. 296):

O princípio, tantas vezes repetido, segundo o qual “o que não é proibido é permitido”, há muito não corresponde aos valores que presidem as relações jurídicas de matriz privada. A liberdade dos privados mudou: encontra-se hoje circunscrita por todos os lados, contida em limites estritamente demarcados por princípios os mais diversos, a começar pelos valores constitucionais, entre os quais primam a solidariedade e a dignidade humana. Além disso, limitam a vontade privada institutos tais como o já aludido abuso do direito, a fraude à lei, os princípios da boa-fé e da probidade, bem como da função social dos contratos.

As estipulações contratuais em matéria de teletrabalho podem ser inúmeras, sendo que na hipótese de não restar pactuada alguma circunstância fática ou jurídica, ou que venha surgir no curso da prestação ou execução dos serviços, entende-se que deve prevalecer o princípio *in dubio pro operario*.

No caso de que uma norma seja suscetível de entender-se de vários modos, destaca-se que deve preferir a interpretação mais favorável ao trabalhador. Assevera-se que para sua aplicação, se fazem necessárias determinadas condições, a saber: “a) Somente quando exista dúvida sobre o alcance e da norma legal; e b) Sempre que não esteja em desacordo com a vontade do legislador” (RODRIGUEZ, 2000, p. 107-110).

Acrescenta-se, ainda, eventuais alterações nas atividades laborativas contratadas relativas ao teletrabalho, visto que é exigido pela lei a solenidade de contratação escrita, poderão configurar falta de boa-fé por parte do empregador.

De acordo com Araújo (1996, p. 136):

Embora o contrato de emprego tenha mudado seu aspecto no decorrer do tempo, ele continua sendo contrato. Note-se que uma das características do Direito do Trabalho é o seu caráter evolutivo e a sua constante adaptabilidade aos novos tempos. Tanto a fração correspondente às cláusulas livremente pactuadas entre as partes quanto a fração correspondente à lei estão ligadas a noções éticas que qualificam a atividade produtiva do ser “humano”. Nessas condições, o desenvolvimento da relação, seja por cláusula contratual, seja por norma legal, deve observar os ditames da boa-fé, os do princípio da dignidade humana, os da liberdade de trabalhar e outros.

Pode-se afirmar que eventual atitude patronal, nesse sentido, configura um verdadeiro **abuso de direito**, não condizente com a função social do contrato de trabalho que visa precipuamente dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, diante da sua inquestionável força normativa, configurando verdadeiro comando deôntico de conduta, a regular todas as relações intersubjetivas disciplinadas pelo Direito, inclusive as trabalhistas.

A este propósito, Araújo (1996, p. 30) esclarece:

Modernamente, o direito das obrigações tende a realizar melhor o equilíbrio social, com a preocupação moral de evitar a exploração do fraco pelo forte e realizar a sobreposição de interesses sociais aos interesses individuais. A regra da equivalência das prestações restaura-se com maior plenitude, e atribui-se ao contrato uma função social, alargando-se a teoria do abuso do direito e aplicando-se mais constantemente as cláusulas gerais, como a boa-fé. A valorização da pessoa passa a ser a preocupação principal, e não o patrimônio, havendo decadência do voluntarismo no Direito Privado.

Desta forma, um dos alicerces que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito é o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve sempre nortear as relações laborais; até

porque o trabalho (entenda-se, trabalho digno) é, indiscutivelmente, um dos principais instrumentos de solidificação da dignidade do ser humano.

Não pode-se perder de vista que as relações contratuais trabalhistas em decorrência do desequilíbrio contratual, onde predomina a desigualdade material entre as partes, no presente tópico, se dará ênfase as obrigações para o empregador, visto que como regra geral cabe ao teletrabalhador, tão somente, aderir as mesmas.

De qualquer sorte, destacam-se algumas cláusulas habituais, a título exemplificativo:

Em favor do empregador: a) inclusão de cláusula de reversibilidade, na hipótese do modelo tradicional de trabalho; b) obrigação de não concorrência; c) cláusulas relativas a utilização exclusivamente pessoal do material ou equipamento (afastando o acesso de crianças, parentes e/ou vizinhos); d) cláusulas de reserva de confidencialidade do trabalho; e) cláusulas que obriguem o trabalhador a comparecer na empresa (por exemplo, pelo menos uma vez por semana através de encontros com colegas ou superiores e/ou participação obrigatória em reuniões mensais); f) cláusulas relativas a um período experimental (contrato de experiência); g) cláusulas para uso adequado dos equipamentos fornecidos; h) cláusulas de política de fiscalização; i) cláusulas relativas a política de privacidade para controle virtual e presencial (visitas) (REBELO, 2004, p. 15).

Em favor do empregado: a) cláusulas de Adesão e reversibilidade, dando ao trabalhador o direito de optar ou não pelo teletrabalho; b) cláusulas estabelecendo duração da jornada, descansos, férias, repouso intrajornada; c) cláusulas relativas a Política Salarial; d) cláusulas relativas às despesas e manutenção dos equipamentos e instrumento de trabalho; e) cláusulas relativas à estrutura para teletrabalhar (exemplo, conexão da internet); f) cláusulas com a descrição do trabalho a ser efetuado (artigo 75-C da CLT); g) cláusulas com identificação do seu superior hierárquico ou a quem deva se reportar no âmbito da respectiva prestação laboral³⁰; h) cláusulas assegurando a utilização de opção tecnológica menos agressiva; i) cláusulas assecuratórias ao direito à desconexão, entre tantas outras (REBELO, 2004, p. 15).

Sobre este ponto Cavalcante e Jorge Neto (2019, p. 120-121) lecionam:

No teletrabalho, o contrato de trabalho possui peculiaridades e, por conta disso, podem ter cláusulas específicas, as quais devem se expressas, decorrentes do “tipo de informação” a que o empregado tem acesso, tais como: “(a) cláusula de não concorrência durante um certo tempo, mediante o pagamento de uma indenização; (b) cláusula de exclusividade, para não divulgar dados de interesse do empregador. Pessoas não autorizadas não poderiam ter acesso a dados, incluindo, por exemplo, a esposa do empregado e seus filhos etc.; (c) cláusula de utilização pessoal e

³⁰ Artigo 234 do Código do Trabalho Português.

exclusivamente em serviço do material do empregador, como para proteção a disquetes, da memória do computador etc.”

Quanto às obrigações por parte do empregado, destaca-se a reserva de confidencialidade do trabalho e/ou segredo profissional. Em síntese, segredo profissional refere-se à guarda e acesso a informações obtidas em razão do exercício profissional, de tudo aquilo que lhe foi confiado como sigilo, ou o que veio a ser conhecido devido a atividade profissional.

Neste ponto, Rebelo (2004, p. 65) ensina:

É geralmente aceito o princípio de que qualquer trabalhador por conta de outrem não deve divulgar informação de que tomou conhecimento no exercício da sua actividade profissional e que só é relevante para a mesma, nos termos genéricos do dever de lealdade ao empregador.

Assim como anteriormente restou afirmado, o empregador deve atuar em vários estágios do vínculo obrigacional com a boa-fé, e o mesmo se aplica ao teletrabalhador, inclusive depois da extinção do contrato de trabalho. Esta proteção do segredo pode estar assentada numa base contratual ou numa base legal, visto que encontra fundamento constitucional (inciso XII, art. 5º da CF) e na esfera penal (art.154 do CP).

É bem verdade que poderá ocorrer eventual violação de maneira involuntária durante a atividade de teletrabalho em *home office* em decorrência de problemas relacionados à segurança e confidencialidade da informação veiculada no sistema informático do trabalho disponibilizado pelo empregador. Nesta hipótese, existe justa causa, para isentar o teletrabalhador de qualquer responsabilização.

Aqui, mais uma vez, relevantes as considerações Rebelo (2004, p. 68):

Nos últimos anos os progressos informáticos permitiram multiplicar e estender as possibilidades de muitos terminais de computadores acederem a um maior volume de informações e dados. Não obstante, mesmo existindo esquemas de segurança técnica (tais como códigos de acesso para os teletrabalhadores) que podem eficazmente combater a pirataria, o teletrabalho ao multiplicar os pontos de acesso às informações de uma empresa, multiplica igualmente o risco de divulgação, quer de dados pessoais do trabalhador (ao empregador ou a terceiros), quer de dados de terceiros (clientes) a terceiros não autorizados.

Por outro lado, na hipótese de o sistema informático disponibilizado pelo empregador possuir muitas formas de garantir a segurança, através de *logins*, palavras-chave, entre outros mecanismos, ocorrendo violação por desleixo ou descuido do teletrabalhador, por exemplo, permitindo acesso fácil a terceiros ao sistema logado da empresa ou a senhas, entende-se que o

teletrabalhador agiu com culpa contribuindo para a violação da confidencialidade do trabalho e/ou segredo profissional, dependendo de cada caso concreto.

Com relação às obrigações do empregador, defende-se que as mesmas estão sujeitas à eficácia horizontal dos direitos fundamentais entre particulares conforme defendido em tópico anterior, independentemente de não constar qualquer referência expressa no contrato de teletrabalho, porque emanam dos direitos fundamentais sociais do trabalho.

Entre tantas críticas, a Lei n. 13.467/2017, ao alterar a regulação e proteção social do trabalho, fazendo retroagir conquistas construídas ao longo dos anos, destaca-se algumas que impactam diretamente em se tratando de teletrabalho *home office*.

A primeira delas diz respeito ao inciso III do artigo 62 da CLT, introduzido pela Lei 13.467 de 13/07/2017, que buscou excluir os empregados sob o regime de teletrabalho da limitação da jornada.

Neste tópico, Silva (2019, p. 63) traz importantes esclarecimentos:

O inciso III, enxertado ao art. 62 pela L 13.467/2017, objetivou criar terceira categoria de trabalhadores desprovidos do direito às horas extras, intervalos e adicional noturno: além dos exercentes de cargos de chefia e de funções externas, incompatíveis com o controle de jornada, a reforma trabalhista propõe que também os trabalhadores em domicílio – atividade que não nasceu com a internet e existe desde tempos imemoriais com os ofícios de costura, alfaiataria, ourivesaria e tantos outros ramos braçais e intelectuais – fiquem à margem do capítulo da duração do trabalho. A excepcionalidade está cercada de polêmica, dúvidas jurídicas e possível inconstitucionalidade.

Com a justificativa de que o direito do trabalho necessita ser modernizado (e, no caso, nada mais modernizante do que a modalidade teletrabalho inserida no diploma trabalhista), o legislador preocupou-se não apenas em regulamentar o instituto, como também o excluir do capítulo da duração de jornada. Essa exclusão fundamenta-se primordialmente no fato de que, sendo o teletrabalho um modo de labor flexível, não haveria possibilidade de aferir o tempo de trabalho despendido pelo trabalhador durante a jornada de trabalho (NUNES, 2018, p. 186).

A justificativa ou fundamentação utilizada, na tentativa de fazer valer o não enquadramento do teletrabalho aos limites da jornada de trabalho, está em descompasso com o aparato tecnológico atual.

É inconcebível se discutir, em pleno século XXI, limitação de jornada de trabalho para esta modalidade organizacional de trabalho que se utiliza de Novas Tecnologias de Informação e Comunicação, posto que desde 1948, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 24), declara que todo homem “tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas” (ONU, 1948).

Segundo a OIT (2019, p. 49), atualmente, cerca de um terço da força de trabalho mundial (36,1%) cumpre horários de trabalho excessivos – ou seja, trabalha regularmente mais de 48 horas por semana. Os horários de trabalho excessivos resultam normalmente da necessidade de aumentar os rendimentos, e os trabalhadores que se encontram nesta situação estão sobre representados nos países em vias de desenvolvimento. Embora seja mais comum os homens cumprirem horários de trabalho excessivos, os dados não têm em conta as mulheres que passam um número de horas consideravelmente maior envolvidas em tarefas domésticas e na prestação de cuidados.

A questão do limite à jornada de trabalho conecta-se necessariamente com a proposta internacional de promoção do trabalho decente, vale dizer, aquele desenvolvido em condições de liberdade, igualdade, seguridade e dignidade, e ambienta uma normatividade de princípios fundamentais, não só em razão da luta histórica pela afirmação de direitos relacionados a dignas condições de trabalho, como também porque precisa ser associada, cotidianamente, a uma consistente política de saúde no trabalho (PORTO, 2009, p. 72).

A limitação da jornada é direito social fundamental de conteúdo trabalhista e alberga norma de ordem pública. Há se reconhecer, por isso, o dever específico de respeito ao seu conteúdo essencial, tanto pelo legislador ordinário quanto pelos tribunais (PORTO, 2009, p. 82).

Limitando a questão de jornada de trabalho, aos teletrabalhadores em *home office*, segundo a OIT (MESSENGER *et al.*, 2019), em todos os países pesquisados, em média, um trabalhador que se utiliza de novas tecnologias de informação labora mais do que um trabalhador que não utiliza ferramentas tecnológicas ou trabalha na sede empresarial.

Sem maiores digressões, reafirma-se que é uma obrigação por parte do empregador, em se tratando de teletrabalho em *home office*, constar de maneira clara e precisa no contrato de teletrabalho cláusula acerca da duração da jornada de trabalho com horários e dias, em obediência ao comando constitucional.

Entre os temas que não restaram positivados no ordenamento jurídico pátrio, mas que guardam intrínseca relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito a desconexão do teletrabalhador com certeza é uma delas.

O direito à desconexão ganhou força e notoriedade em razão do uso indiscriminado da tecnologia nas relações laborais, em especial, fora dos limites da jornada de trabalho, ocasionando inúmeras consequências aos direitos fundamentais dos trabalhadores, como por exemplo a diluição entre a fronteira da vida privada e a profissional, o excesso de trabalho e o

surgimento de doenças como depressão e Síndrome de Burnout (GOLDSCHMIDT; GRAMINHO, 2020, p. 107).

A lógica utilizada no teletrabalho é bastante simples: ao ter a disponibilidade de exercer a sua atividade em qualquer lugar, desde que conectado por computador, o empregado estará vinculado à empresa de forma virtual, sendo possível, portanto, uma disponibilidade maior ao empregador, visto que sempre que estiver utilizando-se da informática poderá estar “linkado” com a empresa. Em outras palavras, o superior hierárquico também sairá dos limites físicos da empresa adentrando em outros âmbitos da vida do seu subordinado (RESEDÁ, 2007, p. 168).

Desta forma, o direito à desconexão apresenta-se como uma forma de garantia do cumprimento do preceito constitucional a partir dos novos paradigmas trazidos pela tecnologia. Em razão do limite imaginário que distinguia o tempo utilizado para lazer e para o cumprimento de atividades profissionais encontrar-se mitigado no teletrabalho, é necessário que o empregado seja acobertado por um direito que lhe garanta a revitalização desta divisão e o respeito do seu período de descanso (RESEDÁ, 2007, p. 171).

Nesse sentido, entende-se que o direito à desconexão se constitui como outra obrigação por parte do empregador, a ser observada no momento da celebração do contrato de trabalho do obreiro. Este importante instituto jurídico, em favor do empregado, salvaguardado no contrato de teletrabalho de maneira reflexiva acaba por assegurar também uma série de outros direitos fundamentais sociais trabalhistas.

Outra obrigação por parte do empregador, em se tratando de teletrabalho em *home office* diz respeito ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e aos direitos da personalidade do teletrabalhador.

Pelo fato do desenvolvimento e execução da atividade laborativa ocorrerem mediados por aparato tecnológico, defende-se que o empregador deva utilizar a ferramenta tecnológica menos agressiva³¹, para exercer seu poder diretivo de controle sobre a atividade.

Segundo Doneda (2019, p. 132), a privacidade estabelece uma relação própria da personalidade com as outras pessoas e com o mundo exterior, sendo que a pessoa é quem determina sua inserção de exposição. Neste sentido, o mesmo deverá ocorrer numa relação de emprego, quanto à esfera privada do trabalhador.

³¹ Agressiva não é usada no sentido de violência, agressão, hostilidade, ataque ou provocação, mas na acepção de violação, intromissão, invasão.

A Constituição Federal assegura o direito à privacidade, intimidade, honra, imagem da pessoa (art.5º, X), erigido a direito fundamental de primeira dimensão. Com muito mais forte razão, a mesma é assegurada ao teletrabalhador em *home office*, visto que seu ambiente de trabalho é virtual, entretanto compartilha o mesmo espaço que o ambiente familiar e doméstico. Remete-se o leitor ao tópico 4.1 onde será abordado com maior profundidade os direitos fundamentais da privacidade inerentes do teletrabalhador em *home office*.

A matéria relativa à privacidade e os demais direitos de personalidade, além da previsão na norma constitucional, foram positivados na legislação trabalhista, através do artigo 223-C da CLT.

A esse respeito, Goldschmidt (2019, p. 2) assevera:

Mais recentemente, com a entrada em vigor da assim denominada “Reforma Trabalhista” (Lei 13.467/2017) esse possível microsistema de direitos da personalidade do trabalhador passou a ter um contorno mais visível com a consagração de um capítulo próprio e inédito na Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT denominado “Do Dano Extrapatrimonial.”. De fato, ali, mais especificamente no artigo 223-C, estão elencados, de forma meramente exemplificativa, bens extrapatrimoniais do trabalhador, tuteláveis juridicamente, v.g., a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física.

É também uma obrigação por parte do empregador, assegurar o direito ao repouso semanal remunerado (art.7º, XV, da CF); direito à remuneração do serviço extraordinário (art. 7º, XVI, da CF), visto que a existência de um regime especial que dê ensejo ao enquadramento de um trabalhador como “tele”, na medida em que não há diferença entre seus préstimos e aqueles prestados por empregados alocados dentro da empresa-empregadora. A diferença está apenas no local em que os serviços se realizam, pois seu resultado imediato é sempre disponibilizado à contratante, o que se torna possível por conta da contribuição dos meios telemáticos. Ou seja, o trabalhador segue sendo uma pessoa física, porém os frutos de seu agir, em proveito e sob orientação do patrão, podem se deslocar de qualquer lugar até o destinatário (ALMEIDA; KROST, 2021).

Esse contexto, apesar de aparentar ser comezinho na relação de trabalho tradicional, ganha relevância quando se trata de teletrabalho em *home office*, uma vez que existe uma menor diferenciação entre tempo de trabalho e de lazer, somado à facilidade de acesso a esse empregado através de ferramentas tecnológicas, potencializando violações ao direito ao repouso semanal remunerado, direito à remuneração do serviço extraordinário, ao lazer, entre outros.

Como a Constituição de 1988 limita a jornada, ressaltando a compensação ou a redução definidas coletivamente, isso cria obrigação aos contratantes de promoverem o controle sobre o tempo de disponibilidade do trabalhador, ainda que para isso devam se utilizar de recursos outros para além do tradicional cartão de ponto – e os meios tecnológicos atuais assim o permitem. A obrigação patronal, portanto, é de fixar fronteiras claras à jornada laborada (PORTO, 2009, p. 75).

As novas formas de trabalhar, cuja a flexibilidade são características da atual fase de desenvolvimento do capitalismo, potencializadas pelas inovações tecnológicas, encontram campo fértil no teletrabalho que prega maior mobilidade ao obreiro para decidir o momento de trabalhar e o momento de descanso ou lazer, conforme dados colhidos pela OIT.

De fato, desde o advento da terceira revolução industrial, com a criação da *internet* e, posteriormente, com a invenção dos *e-mails*, das redes sociais, dos *smartphones*, dos *tablets* e da inteligência artificial, observa-se um engajamento dos trabalhadores cada vez mais intenso em relação às relações laborais, fazendo reduzir paulatinamente as fronteiras entre tempo de trabalho e de não trabalho, entre vida profissional e particular, trazendo consequências à vida e à saúde desses profissionais (GOLDSCHMIDT; GRAMINHO, 2020, p. 108).

A grande problemática abordada até o presente momento gira em torno da disponibilidade excessiva do empregado, cuja subordinação ao empregador e a sua fiscalização ultrapassam os limites físicos da empresa. Neste sentido, deve-se chamar atenção para a adequação dos institutos tradicionais que buscam assegurar a garantia ao repouso no âmbito das novas tecnologias (RESEDÁ, 2007, p. 168).

O excesso de conectividade nas relações de trabalho está ligado diretamente ao volume de labor a ser desenvolvido diariamente. Os meios informatizados – vinculados a uma atividade de trabalho – ainda que potencialmente possam estabelecer maior flexibilidade na rotina do trabalhador, ampliam, sobremaneira, a possibilidade de fiscalização do trabalho diário do mesmo (MELO, 2019, p. 74).

Posto isto, entende-se por direito à desconexão o limite ao excesso de conectividade ao trabalho, garantidor de sadia qualidade de vida ao trabalhador. É o direito do empregado, em seus momentos de folga, férias, feriados, ou ao fim de sua jornada, não estar à disposição do empregador, devendo se desconectar totalmente de seus afazeres, com a finalidade de descansar e se revigorar física e mentalmente (MARTINS; AMARAL, 2019, p. 211).

De acordo Porto (2009, p. 72):

De fato, ao lado da crescente informatização, terceirização e flexibilidade operativa, encontra-se também a valorização das formas novas de remuneração com base na produtividade. Neste último caso, a ideia prevalente é a de que o incremento do ganho (ou sua manutenção, com a manutenção do emprego) se relaciona diretamente com o maior envolvimento pessoal do trabalhador.

No que diz respeito às cláusulas relativas a saúde e segurança do teletrabalhador, segundo a OIT (2019, p. 52) o teletrabalho requer níveis de trabalho mais intensos e aumenta a probabilidade de conflitos trabalho-família. Por sua vez, isso pode afetar o bem-estar dos trabalhadores e aumentar os seus níveis de estresse. De fato, quarenta e um por cento dos trabalhadores com elevada carga de TIC apresentam elevados níveis de estresse, em comparação com vinte e cinco por cento dos trabalhadores que trabalham nas instalações dos respectivos empregadores. A situação é agravada nos casos em que os trabalhadores são obrigados a trabalhar a partir de casa fora do horário de trabalho normal. O teletrabalho e o TIC também estão associados a distúrbios do sono, que, por sua vez, se relacionam com altos níveis de estresse.

Em se tratando de teletrabalho, o assunto em questão, na legislação infraconstitucional é tratada de maneira insuficiente, conforme preceitua o artigo 75-E da CLT.

Neste ponto, Esteves e Cosentino Filho (2019, p. 56) lecionam:

Por fim, a lei limita a responsabilidade do empregador a “instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho” (art.75-E), mas como se pode garantir que o trabalhador disporá de um ambiente de trabalho seguro e saudável, se o empregador não está a obrigado a fornecê-lo? Deverá ele mesmo, o empregado, arcar com os custos relacionados a medicina e segurança do trabalho? A resposta é sim. Como se disse, não resta dúvida que o novo texto consolidado é prejudicial aos trabalhadores. Está na contramão das evidências empíricas sobre o mundo do trabalho e os impactos das novas tecnologias da informação e da comunicação. Há um claro descompasso entre a normatização flexibilizadoras e a prática assediadora e exaustiva viabilizada telemática.

A simples obrigação de instruir os empregados, conforme preceitua o artigo 75-E da CLT, não se constitui medida suficiente em matéria de saúde e segurança do trabalho, até mesmo porque este regime de trabalho não difere do regime de trabalho tradicional, sujeito às mesmas medidas e obrigações previstas no artigo 156 e artigo 158 ambos da CLT, além das Normas Regulamentadoras (NRs) complementares ao capítulo V da CLT.

Alguns autores sustentam a dificuldade de fiscalização do meio ambiente de trabalho, no teletrabalho, diante da inviolabilidade de domicílio apresentando como um possível conflito

de normas que deve ser resolvido mediante juízo de ponderação, remetendo o leitor ao tópico 2.5.

No ponto, colhe-se a lição de Zwicker (2019, p. 26):

Se, de um lado, a Constituição estabelece, no art.5º, XI, que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial, por outro estabelece, no art. 7º, XXII, que é direitos dos trabalhadores, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

A segurança e a saúde no trabalho foram positivadas como autênticos direitos fundamentais, mais precisamente no art. 5º, caput do art. 6º, incisos XXII e XXVIII do art. 7º, todos contidos no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, da Constituição da República de 1988.

A saúde e a segurança do teletrabalhador, assim como a garantia de um meio ambiente e segurança no trabalho, constituem deveres fundamentais a serem cumpridos por todos, em especial o empregador.

A esse respeito, Zwicker (2019, p. 26) assevera:

Há aqui um clássico confronto entre o direito à propriedade, à intimidade e à vida privada, corolário do art. 5º, XI, em confronto com a própria vida e existência digna da pessoa humana, segundo art. 7º, XXII, de modo que, em juízo de ponderação, prevalece esse último, o que mais se harmonia com fundamentos de dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho humano e da livre-iniciativa. A ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (arts. 1º, III e IV, e 170, *caput*, da Constituição).

Irrefutavelmente, a efetividade de todas as normas relativas à saúde e segurança do trabalhador, no modelo tradicional de trabalho, já encontra resistência ao seu cumprimento, o que não se dizer do teletrabalhador em *home office*, cujo local de trabalho a ser inspecionado é o seu domicílio.

Neste contexto, advoga-se que em todo e qualquer contrato de teletrabalho devam constar cláusulas contratuais assegurando, com maior periodicidade, os exames médicos clínicos e avaliações psicológicas, além de inspeções no domicílio do teletrabalhador, previamente marcada com dia e horário, com a concordância do teletrabalhador, a fim de averiguar a ergonomia, iluminação, condições dos equipamentos, ventilação, enfim todas as condições relativas a saúde e meio ambiente de trabalho.

O teletrabalhador em *home office* é um típico empregado. E, nessa condição, o teletrabalhador possui todos os direitos conferidos ao empregado comum, entre eles, a saúde e a segurança no trabalho, de acordo com 6º da CLT, alterado pela Lei 12551/2011.

Para Fincato (2016, p. 379-380) a mera equiparação não traduz segurança jurídica aos contratantes, eis que qualquer atividade prestada na modalidade telepresencial exige atenção diferenciada, porque envolve o controle de trabalho, horário, meio ambiente laboral, como exemplos, cuja a dinâmica aplicada é diferente do trabalho presencial.

Percebe-se, portanto, a importância constitucional concedida pela Carta Magna de 1988 aos direitos fundamentais dos trabalhadores, mormente os relacionados à jornada de trabalho, repouso semanal remunerado, horas extras, bem como a saúde e o meio ambiente de trabalho, independentemente da modalidade de trabalho, seja ela tradicional ou diferenciada.

Para Porto (2009, p. 76):

Na atual dimensão constitucional, porém, não se contrata a força de trabalho, mas a pessoa do trabalhador, destinatário, como ser livre, de uma série de direitos fundamentais previstos na Constituição. É importante nas relações contratuais trabalhistas que se observe a aplicação horizontal dos direitos fundamentais, os quais, portanto, também vinculam os particulares. Assim, às prerrogativas do empregador corresponde seu dever de zelo quanto ao cumprimento dos direitos sociais trabalhistas.

Ao longo do presente capítulo, busca-se demonstrar que em eventual conflito entre a norma infraconstitucional sobre teletrabalho e dispositivos constitucionais sociais, mesmo tratando-se de obrigações contratuais relativas ao contrato de trabalho, devem prevalecer os direitos fundamentais por estarem no cume da pirâmide normativa.

Entende-se que, sobre o tema teletrabalho, em eventual insuficiência normativa sobre a matéria ou conflito com dispositivos constitucionais, não poderá haver prevalência daquelas sobre os direitos fundamentais sociais trabalhistas, em decorrência destes terem eficácia e aplicabilidade imediata, nos termos do §1º art.5º da CF.

Há que se garantir a segurança jurídica contra eventuais ataques do poder público, de particulares e do legislador infraconstitucional, através da proibição de retrocesso, em matéria de direitos fundamentais sociais.

Ao teletrabalhador restou assegurado os mesmos direitos dos empregados da matriz tradicional de trabalho, de acordo com o art. 6º da CLT, alterado pela Lei 12551/2011. Portanto, com mais forte razão, se faz necessário assegurar os direitos fundamentais relativos ao trabalho, saúde e demais direitos sociais.

Neste contexto, defende-se que as obrigações contratuais a serem ajustadas em matéria de teletrabalho em *home office*, deverão estar em consonância com os dispositivos constitucionais sociais, sendo que na hipótese de contrariedade ou omissão, por tratarem de matérias de ordem pública, poderá configurar abuso de direito.

Feitas as ponderações anteriormente delineadas no presente capítulo, acerca das obrigações contratuais a serem observadas em matéria de teletrabalho, no tópico a seguir, será abordado sobre as vantagens e desvantagens deste modelo diferenciado de trabalho, sob a perspectiva de ambas as partes envolvidas.

3.7 VANTAGENS E DESVANTAGENS DO TELETRABALHO

O teletrabalho como uma modalidade organizacional que difere do modelo clássico de contrato de trabalho, possui vantagens e desvantagens que usualmente a doutrina separa entre do empregado, do empregador e da sociedade.

A este respeito, Chaparro (1996, p. 4) ensina:

*El teletrabajo tiene una serie de ventajas y de inconvenientes para todos los actores implicados directamente en su práctica y para el conjunto de las sociedades en las que se desarrolla. Estas ventajas son las que lo impulsan hacia adelante como una marea, que ya parece difícil de detener, tanto en los países desarrollados como en los que, caminando a su remolque, esperan beneficiarse de la caída de fronteras, entre ellas las de tipo laboral, inherente a la sociedad multifocal*³².

Por tratar-se de um modelo organizacional, sua efetividade, via de regra, depende do poder diretivo e do interesse do empregador, até mesmo porque sua implantação busca atender os objetivos de uma atividade empresarial.

O presente tópico visa justamente abordar e estudar as vantagens e desvantagens do regime de teletrabalho, tratando de vários aspectos que envolvem o tema, destacando-se as diferenças sob a perspectiva do empregador e, em seguida, sob a perspectiva do empregado.

³² Tradução: “O Teletrabalho tem uma série de vantagens e de inconvenientes para todos os atores implicados diretamente em sua prática e para o conjunto das sociedades em que se desenvolve. Estas Vantagens são o que impulsionam adiante como uma maré que parece difícil de deter, tanto nos países desenvolvidos como naqueles que, caminhando para seu trailer, esperam se beneficiar da queda das fronteiras, entre elas as de natureza laboral, inerentes à sociedade multifocal” (CHAPARRO, 1996, p. 4).

3.7.1 Vantagens e desvantagens para o empregador

Quanto às vantagens para o empregador, o rol apresentado a seguir não é taxativo, apenas exemplificativo, fruto da experiência acumulada ao longo dos anos, em matéria de teletrabalho.

a) Aumento da produtividade: no tocante, as inovações tecnológicas (TIC) se caracterizam pela valorização de um modelo mais flexível a fim de atender a demanda do mercado, cada vez mais exigente e multifacetado, abandonando o modelo clássico de trabalho adotado até então.

Sobre este ponto, Diaz (2013, p. 6):

El agotamiento del taylorismo y del fordismo a mediados de la década de 1970 propicia la creación de otros modelos que cuentan con la capacidad de establecer una producción flexible y la utilización de alta tecnología. El modelo de producción flexible se caracteriza por dos aspectos primordiales: la especialización flexible y la flexibilidad dinámica. La primera depende en gran medida de las TIC ya que la utilización intensiva de la máquina controlada automáticamente permite la producción de bienes en pequeña escala, a la vez que hace posible la adaptación de la producción a los cambios repentinos de la demanda. La segunda, tiene que ver con la concepción de líneas de producción capaces de evolucionar rápidamente ante los cambios de la ingeniería de productos o procesos que requiere una creciente de determinado producto, captando los beneficios de la producción en masa. Por medio de la utilización de nuevas tecnologías, las empresas pueden transformar rápidamente sus líneas de montaje.³³

Para Chaparro (1996, p. 131), o trabalhador sempre sofreu esta falta de liberdade:

[...] falta de liberdade que chego ao máximo nas linhas de montagem da primeira revolução industrial e no taylorismo[...]. O trabalhador se movimentava pelo toque da sirene. Trabalhava em uma linha de montagem, onde o homem tem que se ajustar com a precisão da máquina movida pela tirania do cronometro. As paradas, os descansos estavam regulados também pela mesma sirene.

A maior produtividade é alcançada pelo empregador, permitindo que o teletrabalhador possua maior liberdade e flexibilidade na realização de suas tarefas laborais, até mesmo porque esta modalidade organizacional possui como um diferencial o trabalhar a qualquer momento e

³³ Tradução: “O esgotamento do taylorismo e fordismo em meados da década de 1970 propicia a criação de outros modelos que contam com a capacidade de estabelecer uma produção flexível e a utilização de alta tecnologia. O modelo de produção flexível se caracteriza por dois aspectos primordiais: a especialização flexível e a flexibilidade dinâmica. A primeira depende em grande medida das TIC e que a utilização intensiva da máquina controlada automaticamente permite a produção de bens em pequena escala, ao tornar possível a adaptação da produção e as mudanças repentinas da demanda. A segunda tem a ver com a concepção das linhas de produção capazes de evoluir rapidamente a mudança de engenharia de produtos e processos que requer um crescente de determinado produto, captando os benefícios da produção em massa. Por meio da utilização de novas tecnologias, as empresas podem transformar rapidamente suas linhas de montagem” (DIAZ, 2013, p. 6).

em qualquer lugar, adotando um conceito mais flexível e global exigido por diversas atividades econômicas, nos tempos atuais.

b) Redução de custos: para as empresas, a redução de custos é outro benefício imediato, pois não existe mais a necessidade de ter grandes estruturas físicas, nem gastos com energia elétrica, telefonia, entre outros. Nem mesmo alguns benefícios legais como vale-refeição, vale-transporte etc.

Segundo Massi (2017, p. 89) para o empregador, as vantagens basicamente giram em torno do aumento da produtividade e da redução de custos. As desvantagens, por sua vez, estão atreladas à maior dificuldade de fiscalização dos trabalhos e o risco de quebras de sinal, com transmissão de informações internas e confidenciais da empresa a concorrentes.

A respeito de aumento de produtividade e redução de custos, segundo Seixas (2017, p. 147), além da redução de custos imobiliários com escritórios e mão de obra, insta apontar ainda a extinção dos atrasos ou faltas, já que a jornada é decidida pelo trabalhador: se este marca uma consulta médica para a tarde, pode laborar pela manhã, à noite ou até de madrugada, se for de sua preferência, sem reduzir a sua jornada em razão disto.

c) Contratação de trabalhadores mais qualificados: pelo fato de o teletrabalho ter uma natureza essencialmente inclusiva, pois independe da presença física do empregado, facilita-se a inserção de pessoas deficientes no mercado de trabalho, bem como de mulheres com filhos pequenos e até aposentados(as). Provoca, ainda, uma redução os custos da contratação de pessoas domiciliadas em distintas cidades, estados ou até países, ampliando, por consequência, o leque de opções de candidatos para admissão, possibilitando ao empregador escolher aquele mais qualificado para a tarefa, independentemente de sua localização (SEIXAS, 2017, p. 146).

d) Redução de conflitos no ambiente laboral: outra vantagem empresarial é a redução de conflitos interpessoais entre trabalhadores e entre estes e seus superiores hierárquicos, visto que todo e qualquer relacionamento, em especial o profissional, com o passar do tempo, apresenta um desgaste natural que poderá até mesmo contaminar todo o ambiente laboral. Pode-se citar, em caráter ilustrativo, as situações laborais de assédio moral, assédio sexual, entre outros.

Isto não significa que não irá mais ocorrer assédio moral, visto que o mesmo poderá se manifestar de maneira menos corriqueira, através de meios eletrônicos e não mais fisicamente.

Tratando especificadamente sobre teletrabalho, dependendo de sua modalidade, poderá ocorrer assédio moral eletrônico e o teleassédio moral. O abuso do poder gerencial no

regime de teletrabalho acaba por corroer a identidade do trabalhador pelo ilimitado tempo à disposição para a empresa, seja por elogios diante do cumprimento de meta ou do momento em que o empregado é repreendido caso não as cumpra. A interação entre empregador e trabalhador ocorre pela profusão de ideias e opiniões por meios telemáticos, o que gera a perda de sensibilidade e exigências acima da produção do homem-médio trabalhador (BEZERRA, 2018, p. 126).

Neste particular, Goldschmidt e Andreola (2015, p. 122), ensinam que o assédio moral virtual pode tomar forma na sede da própria empresa, recebendo a denominação de assédio moral eletrônico, bem como em ambiente remoto, no qual haja uma relação de teletrabalho, cuja denominação é o teleassédio moral.

e) Redução de casos de absenteísmo ou ausências ao trabalho: a flexibilidade dada ao teletrabalhador em administrar seu tempo entre “hora de trabalho” e “hora de descanso ou lazer”, aliado à disponibilidade em fixar e determinar o momento para execução das tarefas laborativas, em princípio, não iria repercutir em ausências no labor e com muito mais razão “faltas” ou qualquer causa para absenteísmo.

A baixa possibilidade de absenteísmo, ou até mesmo ausência, se dá em decorrência da maior autonomia e liberdade ao teletrabalhador.

f) Possibilidade para a empresa operar vinte e quatro horas em escala global: de acordo com a atividade econômica e as tarefas a serem realizadas, através do teletrabalho, existe a possibilidade do empreendimento empresarial operar durante 24 (vinte e quatro) horas por dia, durante 07 (sete) dias por semana. A atividade econômica poderia atuar na plenitude do desenvolvimento empresarial, não só de maneira regional ou nacional, mas em escala global.

De qualquer sorte, também existem desvantagens para o empregador, nesta crescente modalidade de trabalho, algumas elencadas a seguir.

a) O teletrabalho pode gerar desconfiança e resistência por parte dos trabalhadores, em especial por suas organizações sindicais: em decorrência desta nova modalidade de trabalho estar em expansão, naturalmente traz desconforto e desconfiança aos trabalhadores e organizações sindicais que sempre estiveram habituados à matriz tradicional de trabalho.

Nesse sentido, Gomes (2017, p. 181) enfatiza:

Um mundo plural, heterogêneo e complexo não comporta mais um sindicalismo que pretenda ser meramente representativo, corporativista, homogêneo e nacionalista. O sindicalismo do século XX expressava uma realidade social que não existe mais. De certa forma, o sindicato era o reflexo da fábrica taylorista/fordista, compatível com

uma visão de mundo que pretendia ser totalizadora e que desconsiderava a própria diversidade do tecido social.

As entidades sindicais ao longo do tempo, através dos seus dirigentes, via de regra, efetuam visitas aos locais de trabalho, a fim de interagir com os trabalhadores pessoalmente e profissionalmente, bem como verificar as condições de ambiente, saúde e segurança do trabalho. A partir do momento em que não existe mais um único local de trabalho, inclusive podendo dito local ser a própria residência do teletrabalhador, naturalmente, dificulta de forma considerável qualquer tipo de interação com os trabalhadores que optam por esta forma de trabalho.

Não bastasse isto, o sindicalismo necessita se reinventar, diante desta nova forma de trabalho, fruto da era da informação e das profundas mudanças e transformações que atingem toda a sociedade contemporânea, em especial o trabalho.

Segundo Gomes (2017, p. 181), o movimento sindical enfrenta novos obstáculos e desafios no século XXI. O primeiro desafio colocado é incorporar o novo anseio democrático. Além disso, o sindicato deve enfrentar o debate do público ao privado, buscando pensar as condições socialmente impostas a algumas minorias, como as mulheres, negros e comunidade LGBTQIA+. Ainda se coloca como desafio a discussão do político ao econômico, ou seja, a criação de canais que possibilitem que o fruto do trabalho humano, de todas as espécies, inclusive o intelectual, deixe de ser visto apenas como objeto a ser gerido pelo poder privado.

b) Diminuição de confidencialidade e possibilidade de vazamento de informações confidenciais: para a empresa, uma das desvantagens do teletrabalho refere-se à segurança de dados. O empregador não terá controle de quem poderá acessar o monitor (e os próprios dados constantes na memória do computador), o que conseqüentemente poderá resultar em acesso não autorizado aos seus segredos técnicos, comerciais e industriais (KITANISHI, 2019, p. 289).

Ou seja, o teletrabalho pode representar um perigo considerável quanto à segurança de dados, pois não é possível ao empregador resguardar quem terá acesso ao monitor que esteja no local onde está situado o trabalhador.

c) Gastos com obtenção, instalação e manutenção dos equipamentos para realização do teletrabalho podem, em alguns casos, ser excessivamente onerosos: para a atividade econômica, dependendo da infraestrutura ou localidade do teletrabalhador, aliado do aparato tecnológico necessário para se teletrabalhar, em determinadas circunstâncias ou situações, poderá se tornar excessivamente onerosos tais custos da operação. Não em decorrência da utilização do aparato tecnológico, mas pela falta de infraestrutura, como, por exemplo, a baixa velocidade da internet na localidade onde reside o teletrabalhador.

Neste particular, a desigualdade de infraestrutura de localidades mais remotas ou áreas de periferia dos grandes centros urbanos, poderá ocasionar também gastos maiores para a instalação dos equipamentos necessários para a execução do trabalho.

3.7.2 Vantagens e desvantagens para o empregado

No que tange às principais vantagens para os empregados, podem ser apontadas algumas, no seguinte rol exemplificativo:

a) Flexibilidade de horário, facilitando a conciliação das atividades profissionais com os encargos familiares e melhoria da qualidade de vida: a busca do equilíbrio entre vida familiar e social com o trabalho não é tarefa fácil, ambos são necessários e dão sentido aos valores da dignidade da pessoa humana. O apelo à flexibilização do horário de trabalho, dando margem ao empregado para decidir o momento de executar suas atividades laborativas, é difundido pelos seus entusiastas como uma grande vantagem.

Do ponto de vista da autonomia, para o trabalhador também existem aspectos positivos, porquanto há mais liberdade para determinar o horário da jornada laboral, possibilitando maior contato com a família e amigos e autodeterminação dos momentos de lazer. É um sistema que valoriza a individualidade de cada um, pois é certo que nem todos atingem o auge de sua produção e criatividade durante o horário comercial, na companhia de outros colegas de trabalho. Todavia, esse melhor equilíbrio entre a vida profissional e privada não é unanimidade na doutrina, a qual aponta que especialmente o teletrabalhador em domicílio pode ter dificuldades em concentrar-se ou ainda em fazer os familiares entenderem que, em que pese a presença na residência, aquele é um momento de labor e por isso não deve ser interrompido (SEIXAS, 2017, p. 147).

Não bastasse isto, ao longo de uma trajetória profissional, a escala de valores de qualquer trabalhador poderá se modificar, ora priorizando a carreira profissional, ora focando no pessoal, como a família, por exemplo. Daí a necessidade da flexibilização do trabalho ao longo do contrato de teletrabalho

A propósito, segundo Fantini (2013, p. 8):

Tengamos presente que “la situación familiar y profesional de una persona cambia a lo largo de los años y nuestra visión de diversos temas también se modifica. Por ello, en muchos aspectos, adoptar una escala de valores inflexible no es lo más razonable. “ Hay momentos em los que la situación familiar exige mayor dedicación y otros em los que las circunstancias profesionales o las cuestiones laborales nos demandan más tiempo.” “ El conflicto surge cuando llevamos la contraria a la escala

*de valores, de forma continuada em el tiempo; es decir, cuando las necesidades puntuales – familiares o profesionales – contradicen nuestros valores y prioridades*³⁴.

b) Teletrabalho como possibilidade de inclusão de trabalhadores deficientes ou idosos: a possibilidade do teletrabalho para pessoas com deficiência é uma das possíveis medidas de efetividade ao direito fundamental da isonomia e não discriminação, disposto no artigo 7º, XXXI, da Carta Magna, o qual garante uma dimensão protetora do obreiro.

Segundo Dinarte e Oliveira (2017, p. 188), quando se busca a concretização do direito ao trabalho às pessoas com deficiência, deve-se aferir a igualdade material e propiciar oportunidades equivalentes como garantia da inserção destas no mercado de trabalho.

No tocante à legislação infraconstitucional, no sentido de proteção das pessoas com deficiência, a Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, de caráter amplo, dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência e sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), entre outras providências. O Decreto n. 3.298/99, de 20 de dezembro de 1999, regulamentou a Lei n. 7.853/89, dispondo sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolidando normas de proteção, entre outras providências.

Os idosos e portadores de deficiência, não raras vezes, têm dificuldade na mobilidade, em decorrência da falta de infraestrutura no transporte ou em decorrência da diminuição da capacidade deslocamento, o que já dificulta uma posição no mercado de trabalho, já tão competitivo.

Nesse sentido, o teletrabalho se apresenta como uma alternativa viável a todos que possuem dificuldade de mobilidade, sejam eles idosos ou deficientes. Por óbvio, a dificuldade desta força de trabalho não fica adstrita à mobilidade, existem outras, tais como a ergonomia e acessibilidade.

O direito social ao trabalho, para ser efetivo, pressupõe a acessibilidade tanto ao local de trabalho, quanto aos mecanismos necessários para sua execução. A acessibilidade tem como finalidade impedir qualquer limitação imposta às pessoas deficientes (DINARTE; OLIVEIRA, 2017, p. 191).

³⁴ Tradução: “Vamos ter em mente que ‘a situação familiar e profissional de uma pessoa muda ao longo dos anos e nossa visão de diversos temas também se modificam. Por ele, em muitos aspectos, adotar uma escala de valores inflexível não é o mais razoável’. ‘Existe momentos em que a situação familiar exige maior dedicação e outros em que as circunstancias profissionais ou questões do trabalho demandam mais tempo’. ‘O conflito surge quando tomamos o oposto da escala de valores, de forma continuamente ao longo do tempo; quer dizer, quando as necessidades pontuais – familiares ou profissionais- contradizem nossos valores e prioridades” (FANTINI, 2013, p. 8).

É inquestionável que o desenvolvimento tecnológico propicia o surgimento de diversas tecnologias assistivas, que tem como escopo ser um facilitador em diversas atividades, podendo auxiliar e facilitar ações necessárias para execução dos trabalhos, propiciando a manutenção do emprego e inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho (DINARTE; OLIVEIRA, 2017, p. 191).

Por fim, salienta-se que o teletrabalho não seria uma medida com finalidade de exclusão social das pessoas com deficiência ou meramente assistencialista, mas mais uma possibilidade de sua inserção no mercado de trabalho, propiciados pelo desenvolvimento tecnológico, como forma de garantir sua autonomia e independência (DINARTE; OLIVEIRA, 2017, p. 192).

c) Redução ou eliminação do tempo necessário para deslocamento no trajeto para o serviço e correspondente retorno: sem a necessidade de deslocamento, evitam-se os efeitos nocivos do tráfego intenso nos grandes centros urbanos, trazendo economia relativa a dispêndios com transporte, vestuário e alimentação. É incontroverso que os grandes centros urbanos acabaram trazendo uma grande migração de pessoas do campo para as grandes cidades, contudo as cidades não acompanharam com a infraestrutura necessária, principalmente com relação ao transporte público.

Um dos fatores que fez com que o teletrabalho se disseminasse a partir dos anos 1980, foi o crescente congestionamento nas grandes regiões metropolitanas, um dos motivos que inspirou Jack Nilles nos projetos-pilotos de teletrabalho nos EUA. Por conseguinte, diminui-se o número de veículos nas ruas e avenidas, reduzindo os poluentes atmosféricos – monóxido de carbono, hidrocarbonetos, dióxido de enxofre, aldeídos, dióxido de carbono, óxidos de nitrogênio, e material particulado, que inclui fuligem, poeira, fumaça e todo o material suspenso no ar (NUNES, 2018, p. 67).

Nesta perspectiva, Almada e Hilário (2017, p. 75) destacam:

Enquanto vantagens ao trabalhador tem-se a possibilidade de redução do tempo e custos de deslocamento, sendo este o benefício mais óbvio para a maioria dos teletrabalhadores. Assim, é possível ficar mais tempo com a família, podendo aproveitar intervalos de trabalho com os filhos, esposa ou marido, ou com amigos.

Segundo Seixas (2017, p. 146), uma das mais benéficas consequências dessa modalidade de labor, especialmente em grandes centros urbanos, é a redução do deslocamento das pessoas em horário de pico, bem como a redução as distâncias percorridas e a utilização de meios de transporte poluentes como carros, ônibus e motos, além do amortecimento dos gastos

com vale-transporte. Ademais, o teletrabalho minimiza ou até mesmo elimina as chances de acidente de percurso casa/trabalho.

Outra questão inegável é a diminuição de custos para o trabalhador, tendo em vista que o teletrabalho em *home office* permite a economia dos recursos financeiros com transporte, alimentação e vestuário.

d) Possibilidade de o (a) trabalhador (a) conciliar tarefas domésticas e cuidado com os filhos: as obrigações domésticas são inerentes à rotina de qualquer trabalhador, sendo que inúmeras vezes, por falta de tempo, deixam de ser realizadas. Nesse sentido, o teletrabalho inexoravelmente oportuniza maior flexibilidade de tempo, a fim de conciliar rotina profissional, rotina familiar, com as atribuições domésticas.

Desde os primórdios do trabalho a domicílio, tal modalidade sempre foi preponderantemente exercida pelas mulheres, posto que sempre acumularam tarefas, atribuições domésticas, além dos cuidados com os filhos. Em decorrência disto, não existe nenhuma surpresa que entre as trabalhadoras naturalmente ocorra preferência pelo teletrabalho em *home office*.

Nesse sentido, destacam Stolz e Forteza (2017, p. 150):

O fator gênero se incorpora ao exame das condições laborais entre trabalhos presenciais e teletrabalho em empresas, nas quais existe uma hegemonia feminina na utilização desta organização laboral, pelas supostas vantagens que possam oferecer na conciliação familiar. Paradoxalmente, ademais, boa parte dos direitos de conciliação familiar, como as reduções de jornadas ou permissões são desvirtuadas ao se teletrabalhar, pois a presença da mãe em casa costuma a ser confundida pelos membros da família com a ideia de que a atividade realizada por ela não é trabalho, ou seja, constata-se um menoscabo do trabalho exercido.

e) Ampliação das oportunidades para os (as) trabalhadores (as) que estão longe dos centros urbanos ou da sede a empresa: não raras vezes, muitos trabalhadores perdem oportunidade de trabalho em decorrência do alto custo das despesas com deslocamento entre casa e trabalho, por meio de transporte particular ou público, que deve ser compartilhado pelo empregador.

Segundo Estrada (2012, p. 73), é uma alternativa de solução para os diversos problemas atuais, como a distância entre o interior e as grandes cidades, e também para os congestionamentos que acontecem especificamente nas capitais e Estados. Nesse sentido, o teletrabalho permite que esta barreira geográfica deixe de existir, não se limitando a uma localidade ou cidade, podendo até ser mesmo transfronteiriça (residir em outro país).

f) De regra, o trabalhador é avaliado pelo seu comportamento e desempenho técnico e não por preferências pessoais ou bajuladoras: o teletrabalho, pelo fato de ser exercido fisicamente em outro local, diferentemente da entrega do resultado do trabalho (sede da empresa), proporciona a mudança de critérios de avaliação por parte do empregador ou superiores hierárquicos, isso porque quando o trabalho é executado no ambiente da empresa, o convívio permite que outros parâmetros sejam utilizados, tais como: carisma, afinidades, interesses, aduladores, entre outros que nada contribuem ou são fatores relevantes para apuração da qualidade e produtividade do trabalho.

As desvantagens para os teletrabalhadores, a seguir apresentadas também não se tratam de rol taxativo, mas de caráter exemplificativo. A saber:

a) Em geral, o teletrabalho leva ao isolamento do trabalhador em relação aos demais colegas de trabalho: o isolamento e a falta de interação e convívio no ambiente de trabalho com outros colegas traz desvantagem, porque não proporciona qualquer contato social, podendo acarretar danos psicológicos, desde tristeza, passando pelos diversos níveis de depressão até chegar ao suicídio. As interações sociais são necessárias para que as pessoas possa trocar experiências, dividir tarefas, ter momentos de lazer e descanso nos horários de intervalo, conversar, seja sobre assuntos decorrentes do trabalho ou na esfera particular (NUNES, 2018, p. 71).

Segundo Massi (2017, p. 100), um estudo realizado através da Enciclopédia de Saúde e Segurança Ocupacional da OIT constatou que o trabalho exclusivamente no ambiente doméstico priva o trabalhador dos benefícios interpessoais e profissionais de interação contínua com os colegas de trabalho, sendo que o isolamento propiciado pelo teletrabalho pode impedir o trabalhador de se envolver em atividades de desenvolvimento profissional, aproveitando as oportunidades de promoção e contribuir com ideias para a organização. Trabalhadores sociáveis, particularmente, podem sofrer pessoal e profissionalmente sem o contato humano, por poder depender dele.

O teletrabalho e o consequente isolamento não faz parte da escolha do trabalhador, pois é consequência direta desta modalidade laboral exercida (NUNES, 2018, p. 71).

Do ponto de vista profissional, poderá reduzir a troca de informações e experiências entre colegas de trabalho, com prejuízo de novas oportunidades profissionais (CAVALCANTE; JORGE NETO, 2017, p. 35).

b) Dificuldade de inserção e promoção na carreira: de acordo com Dutra (1996), o termo carreira agrega vários significados, podendo ser empregado para referir-se à mobilidade ocupacional, por exemplo, o caminho a ser trilhado por um executivo dentro da empresa, ou

como profissão, como, por exemplo, a carreira militar. Nos dois casos, o termo carreira transmite a ideia de um caminho estruturado e organizado no tempo e lugar que pode ser seguido por alguma pessoa.

A falta de visibilidade do teletrabalhador nas dependências do ambiente empresarial, inevitavelmente contribui como um dos obstáculos para qualquer tipo de promoção. O isolamento do teletrabalhador, em decorrência da falta de convívio profissional presencial e interação social, também constitui como mais um elemento que dificulta a ascensão profissional. Mesmo nos dias atuais persiste ainda aquela visão marginalizada de quem trabalha em casa, em realidade não trabalha. Trata-se de um verdadeiro preconceito acerca da questão.

c) Menor nível de proteção social em razão da menor tutela sindical e administrativa: cabe ressaltar que a fiscalização por parte dos órgãos públicos e pelos sindicatos atualmente é fragilizada e com a disseminação do teletrabalho de forma desenfreada e desordenada, torna ainda mais difícil a efetividade dos direitos fundamentais, em especial aqueles relativos às normas de saúde e segurança do trabalho.

Neste particular, a fiscalização e acompanhamento, que já se torna difícil em decorrência do quadro reduzido de funcionários das entidades fiscalizatórias, fica ainda pior na hipótese de proliferação de mais locais de trabalho, em decorrência do teletrabalho.

Por outro lado, o enfraquecimento de atuação das entidades sindicais, aliado à pouca interação profissional, onde o espírito individualista é incentivado, compromete a sensação de coletividade enquanto categoria profissional, acabando com a unidade do respectivo grupo profissional. A luta pelos direitos fica comprometida pela diminuição da noção de classe (SEIXAS, 2017, p. 149).

O teletrabalho, enquanto forma de organização de trabalho diferente da tradicional, incentiva e fomenta a produção e execução individualizada do trabalho, sempre na busca de atender as necessidades do cliente. Esta modalidade de trabalhar apresenta intrinsecamente um empobrecimento das relações profissionais, pessoais e salariais, perdendo o empregado aos poucos o seu pertencimento à categoria profissional (BEZERRA, 2018, p. 121).

d) Aumento de conflitos familiares pela dificuldade em se distinguir a fronteira entre o trabalho e a vida privada: é cada vez mais tênue a separação entre a vida pessoal e a vida profissional do teletrabalhador. A falta de exatos limites acaba por invadir o direito à privacidade do século XXI. Trata-se de uma incoerência dos tempos modernos.

Não bastasse isso, a maior liberdade propagada pelos entusiastas do tema, necessariamente remete à flexibilidade de horário e maior cobrança por produtividade. Justamente pelo fato de o teletrabalhador em *home office* poder dispor do seu tempo e

organização laborativa com maior liberdade, acaba ultrapassando sua jornada diária de trabalho por imposição da produtividade e competitividade, não respeitando os intervalos e muitos menos horários de início e término da atividade. A situação habitual ocorre porque o teletrabalhador precisa atingir os objetivos desejados, dissociado do controle formal de horário.

Desta maneira, consegue-se a desregulação e flexibilização das normas fundamentais relativa aos direitos sociais específicos e inespecíficos em se tratando de direito do trabalho, rompendo com o sistema clássico de relações laborais, até então existentes como uma matriz informal.

Contudo, a flexibilidade do regime de tempo de trabalho, associada às tecnologias digitais, elimina, na prática, as fronteiras entre tempo de trabalho e tempos de não trabalho, uma vez que hoje, mais do que nunca, as empresas esperam que o trabalhador esteja contatável em qualquer lugar e a qualquer momento, simplesmente porque está em regime de teletrabalho ou não tem um horário fixo.

e) Aumento do risco de problemas relacionados à saúde e à segurança do trabalho: o teletrabalho em *home office* leva à diminuição ou ausência de exercícios físicos, em razão do confinamento em domicílio, o que acarreta doenças diversas, mormente a obesidade e enfermidades provenientes da má postura – por negligência do trabalhador ou por equipamentos ergonomicamente inadequados.

A tele disponibilidade excessiva do trabalhador, renunciando a seu tempo de descanso e lazer pode levar o mesmo ao tecnoestresse³⁵ que pode ser uma consequência tanto da sobrecarga de trabalho como da sua ausência, gerando uma clima de ansiedade.

A tutela da saúde do trabalhador pressupõe que exista uma determinação quantitativa de tempo de trabalho, ou seja, a fixação de um limite máximo da duração do trabalho.

Esta nova modalidade de prestação de serviços, desde sua origem, traz grande dificuldade tanto para o empregador, quanto para a própria Previdência Social em estabelecer, por exemplo, em qual momento ocorreu acidente de trabalho típico, visto que a execução do trabalho, acontece no ambiente doméstico com flexibilidade do horário.

f) Afronta à intimidade do trabalhador e a de sua família: diz respeito à privacidade do teletrabalhador. Pelo fato de a execução do trabalho ocorrer no ambiente familiar, dificulta a fixação de limites, até mesmo porque é apregoado a flexibilidade de horários para realização do trabalho.

³⁵ “O tecnoestresse é um estado psicológico negativo relacionado com o uso de tecnologias de comunicação e informação (TIC) ou de ameaça de seu uso futuro. Esse fenômeno psicossocial é constituído de quatro dimensões: descrença, ansiedade, fadiga e ineficácia” (CARLOTTO; CÂMARA, 2010, p. 309).

Por outro lado, nos dias atuais, uma infinidade e variedade de programas, aplicativos, plataformas e *softwares*, por exemplo, que permitem inclusive captar o áudio do ambiente, independentemente de qualquer comando do usuário, ou seja, anuência e concordância do teletrabalhador.

Através dos meios tecnológicos, o empresário consegue hoje uma infinidade de dados e informações sobre o teletrabalhador, desde suas preferências pessoais até a sua performance profissional.

Neste particular, apesar de a Lei n. 13.709/18 (LGPD) possuir destinação específica diversa ligada à área comercial e consumerista, relativa ao tratamento e utilização dos dados, tratando-se de uma lei geral, não apenas pode, como deve ser aplicada, com as adequações necessárias, aos diferentes ramos do Direito, inclusive o trabalhista (ALMEIDA; KROST, 2021).

No tocante às vantagens e desvantagens do teletrabalho, alguns elementos são tão visíveis que automaticamente se classificam como vantagens e/ou desvantagens. No entanto, conforme a necessidade e particularidade de cada um (seja do teletrabalhador, da empresa e/ou do coletivo), as circunstâncias poderão ser definidas enquanto vantagens e/ou desvantagens (TYBUSCH; NUNES, 2017, p. 76).

A diferença entre vantagens e desvantagens decorrentes dessa modalidade indica que a opção pela realização de teletrabalho deve ser muito bem avaliada por ambas as partes (empregador e empregado), precedida de várias ponderações, tais como: qualidades profissionais e pessoais do teletrabalhador (disciplina, iniciativa, entre outros); relativo à estrutura física e material adequada para teletrabalhar; avaliação dos custos operacionais por parte da atividade empresarial, tudo no afã de garantir o sucesso do teletrabalho.

No próximo tópico, será abordado sobre o teletrabalho *em home-office*, visto que na presente dissertação trata-se especificadamente acerca desta modalidade de teletrabalho, sua distinção do trabalho em domicílio, suas competências, a dependência técnica e econômica.

4 O TELETRABALHO EM *HOME OFFICE*

Este novo modelo de trabalho, no seu início remete ao trabalho em domicílio.

O trabalho em domicílio ao longo da história, segundo a doutrina, advém da época do artesão, como exemplo moleiros e ferreiros, onde em sua própria casa, com as suas próprias mãos auxiliado pelos membros da família e um pequeno número de operários chamados de aprendizes, executava as atividades laborativas (MORAES FILHO, 1994, p. 14).

Com o advento da industrialização, ocorreu uma expansão do trabalho em domicílio.

Sobre este contexto, Prunes (1995, p. 200) trata:

Mas, interessando neste momento, é de se registrar que diversas tarefas, mesmo básicas para a indústria, não justificavam custosas instalações e nem máquinas de porte. Além disso o salário por peça resultaria num valor irrisório para o trabalhador e, se fosse por tempo (hora, dia, mês...), desvantajoso para o empresário. Aproveitando a mão-de-obra forçadamente ociosa (por falta de postos nas empresas), constituída de mulheres, crianças e idosos – todos familiares de assalariados – teve no trabalho a domicílio uma solução.

O trabalho em domicílio foi inicialmente difundido entre mulheres, sob a perspectiva de complementar a renda familiar.

Segundo Moraes Filho (1994, p. 20) na segunda fase do desenvolvimento do capitalismo mercantil surgiu em grande escala o trabalho em domicílio, persistindo, ainda está forma, apesar do desenvolvimento do capitalismo universal.

No tocante, relevantes as considerações de Prunes (1995, p. 200-201):

Orbitando, física e socialmente em torno das indústrias, o trabalho a domicílio tem grande significado como utilizador de mão de obra ociosa ou em tempo parcial: é indispensável ao empresário e necessário aos que não tem um emprego formal ou, ainda, como complemento de ganhos para a família dos empregados regulares. Estes, além de sua atividade normal ao longo das horas e dos dias, ainda realizam serviços em suas casas, com seus familiares. São incontáveis os exemplos: acabamento de pequenas peças de metais, com a retirada de rebarbas ou operação análoga; adiante, as primeiras costuras na indústria de calçados; amiúde, costura de peças de vestuário produzido em grandes quantidades. E não apenas a atividade privada se vale ou valia disso, sendo conhecidíssimo o trabalho de costureiras para confeccionarem milhares de uniformes para as Forças Armadas.

A definição do trabalho *home office* ou a domicílio é aquele executado na habitação do empregado ou em ambiente familiar por conta do empregador, sendo utilizado, via de regra, para mão de obra que exige habilidade ou conhecimento técnico, mas para tarefas repetitivas ou de menor complexidade.

Para Moraes Filho (1994, p. 74) pode-se, provisoriamente, definir o trabalho a domicílio como sendo o que realiza o operário, habitual ou profissionalmente, em sua própria habitação ou em local por ele escolhido, longe da vigilância direta do empregador, ou em oficina de família, com auxílio dos parentes aí residentes ou algum trabalhador externo, sempre que o faça por conta e sob a direção de um patrão.

Nesse sentido, o trabalho a domicílio sempre esteve ligado preponderantemente a atividades manuais, como costura, lavanderia, sendo regulamentada na época o artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho, com a seguinte redação: “Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego” (BRASIL, 1943).

Com a Lei n. 12.551/2011, o art. 6º da CLT passou a ter a seguinte redação:

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

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio (BRASIL, 2011).

Neste ponto, Rocha e Muniz (2013) esclarecem que a nova redação do *caput* do artigo 6º da CLT dada pela Lei n. 12.551/2011 estabeleceu que não há distinção entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o realizado no domicílio do empregado ou a distância. De fato, essa alteração não pode ser considerada como uma inovação no meio jurídico trabalhista, afinal a posição da jurisprudência era pela possibilidade da existência do vínculo empregatício no teletrabalho, visto que a presença física do trabalhador na sede da empresa jamais foi um dos requisitos necessários para caracterizar a relação empregatícia.

A única diferenciação da redação anterior para a nova dada ao artigo 6º da CLT pela lei 12.551/2011, foi acrescentar no *caput* a expressão “trabalho realizado à distância”.

Quanto ao parágrafo único do art. 6º da CLT, visou equiparar as ferramentas tecnológicas aos meios pessoais e diretos exercidos pelo poder diretivo empresarial numa relação tradicional de trabalho, ou seja, não faz qualquer distinção entre o trabalho mediado por aparato tecnológico mesmo à distância da matriz tradicional do trabalho exercido na sede da empresa.

Segundo Estrada (2014, p. 91) a nova redação do art. 6º da CLT permitiu uma extensão para que o trabalho à distância seja tanto em domicílio como em qualquer lugar escolhido pelo teletrabalhador.

O que difere primordialmente o trabalho a domicílio do teletrabalho, é a necessidade do empregador ou tomador de serviços estar organizado para esta atividade laboral à distância, provendo equipamentos tecnológicos e conexão para que o trabalhador possa desempenhar a respectiva atividade laborativa.

Para Almeida (2005, p. 71), ocorreu aprimoramento de novos tipos de trabalho em domicílio, podendo também ser desenvolvidos de forma informatizada, através de uma linha telefônica, um computador ou qualquer outro aparelho eletrônico, como por exemplo o teletrabalho. Enquanto no trabalho a domicílio não existe primordialmente a necessidade de utilização de ferramentas tecnológicas, o teletrabalho, por sua vez, implica necessariamente a utilização de tecnologia de comunicação.

A expressão *home office* é também conhecido por muitos pela sigla SOHO (*Small Office and Home Office*) que significa escritório em casa. O *home office* é normalmente utilizado por algumas empresas quando os empregados não precisam ou não podem trabalhar na sede empresarial.

O conceito mais comum de *home office* leva em conta o local onde o trabalho profissional é desenvolvido, em ambientes diferenciados e que compartilham a infraestrutura do ambiente doméstico. Trata-se de um modelo empresarial que vem sendo adotado devido ao processo de globalização da economia e aumento da terceirização de serviços, o que acaba mudando o perfil do emprego e do local de trabalho.

O tema teletrabalho ganhou especial relevância e destaque, nos tempos atuais, em decorrência das profundas mudanças das relações sociais, culturais, tecnológicas, territoriais e das próprias relações de trabalho que exaltam a flexibilização e novas formas de trabalhar.

Não bastasse isto, ocorreu significativa migração do trabalho sob a modalidade do regime presencial para o teletrabalho em *home office* por conta do período pandêmico, que de maneira acachapante segregou as pessoas no âmbito de suas residências, como visto anteriormente neste trabalho.

Aliás, esta nova forma de trabalhar transcende os limites territoriais e poderá ser transregional, transnacional e transcontinental. Ela permite até mesmo a atividade em movimento. Esse tipo de trabalho é executado por pessoas com média ou alta qualificação, as quais se utilizam da informática ou da telecomunicação no exercício das atividades.

O teletrabalho, especialmente na modalidade de *home office*, vem ganhando espaço no mercado de trabalho brasileiro. Pesquisa realizada pelo IBGE, aponta que no ano de 2018, 3,8 milhões de brasileiros trabalhavam dentro de casa, resultado, também, do aumento da informalidade nas relações laborais. A pesquisa aponta ainda que 5,2% do total de trabalhadores

ocupados no país (excluídos os servidores públicos e trabalhadores domésticos) laboram em *home office* (SILVEIRA, 2019).

O Decreto-lei n. 399, de 30 de abril de 1938 que pela primeira vez regulou a espécie no Brasil, definiu: “Entende-se por trabalho em domicílio, para os efeitos do presente regulamento, o executado na habitação do empregado ou em oficina de família, por conta de empregador que o remunere³⁶” (BRASIL, 1938).

Nascimento (1991, p. 138) percebeu e previu que nos novos tempos o trabalho a domicílio voltaria a ter um papel importante na economia:

Nossa lei prevê o “contrato de trabalho a domicílio”. Vai voltar com a tecnologia, a cibernética que permite alguém trabalhar em sua própria residência, agora com computador, recebendo ou transmitindo instruções e se adaptando a elas. De modo que, o trabalho a domicílio na nova era que se apresenta, tende a se afirmar, ou a se reafirmar, não mais como apenas o trabalho da costureira, do marceneiro, mas de outros tipos de profissão.

O teletrabalho em *home office* ou no domicílio do trabalhador é a modalidade mais genuína e difundida na atualidade, visto que é fruto das modificações das relações de trabalho contemporâneo que utiliza novas tecnologias, no processo produtivo ou durante a execução do trabalho. Essa modalidade exige dos interessados: trabalhadores engajados; delegação de autoridade; autonomia na realização de tarefas; foco nos resultados; remuneração pelo desempenho.

De acordo com Cervilla Garzón e Jover Ramírez (2015, p. 3):

O teletrabalho em *home office* pode ser exercido “on line” (conexão contínua e interativa com a empresa), “off line” (conexão só em momentos pontuais, geralmente para enviar o resultado do trabalho) e “onway line” (conexão em sentido único com o computador da empresa, sem qualquer interatividade) ou “twoway line” (de forma interativa com distintos computadores).

O teletrabalho em *home office*, por ser um regime de trabalho diferenciado, possui características próprias, inerentes da era da informação, podendo ser agregado mais duas

³⁶ Íntegra: “CAPITULO II. DO TRABALHO EM DOMICÍLIO. Art. 8º Entende-se por trabalho em domicílio, para os efeitos do presente regulamento, o executado na habitação do empregado ou em oficina de família, por conta de empregador que o remunere. § 1º O trabalho em domicílio abrangerá não só o manual como o executado com qualquer aparelhagem, sendo vedada a participação das mulheres e dos menores dos serviços perigosos ou insalubres. § 2º Será também considerado trabalho em domicílio o realizado na habitação do empregado, desde que se comunique a mesma, direta ou indiretamente, com estabelecimentos de atividade comercial ou industrial. § 3º Entende-se por oficina de família a que for constituída por parentes - cônjuges, ascendentes, descendentes e colaterais - até ao segundo grau do chefe da mesma família, bem como os demais parentes, desde que com eles resida.” (BRASIL, 1938).

características que muitos autores entendem estar vinculado ao elemento subordinação de toda e qualquer relação de emprego, que são: a dependência econômica e a dependência técnica.

Sobre a dependência econômica, esclarece Almeida (2005, p. 72):

O trabalho em domicílio é aquele realizado fora do ambiente empresarial, na residência do empregado, ou em qualquer outra localidade escolhida por esse. Portanto, não é o local da prestação de serviço que vai modificar a natureza intrínseca da relação de emprego, mas a existência ou não dos demais requisitos previstos nos arts. 2º e 3º celetizados que o caracterizam. O simples fato de o empregado trabalhar longe da vista do empregador, o que torna peculiar a forma de direção de seu trabalho, não induz, necessariamente, à inexistência da subordinação e tampouco descaracteriza a natureza de continuidade do contrato de trabalho. O fato de o trabalhador depender economicamente da atividade que realiza, desde que tal atividade detenha elevado grau de importância para sua subsistência e de sua família, revela a dependência econômica pelo qual o trabalhador em domicílio inclui-se nitidamente na classe ampla do trabalhador assalariado.

Sobre a subordinação no trabalho em domicílio, constitui fator diluído dentro da contratação, em face de a prestação de serviço transcorrer longe da vista do empregador. Mas a subordinação do empregado é jurídica, porque resulta de um contrato, nele encontrando seu fundamento e seus limites (ALMEIDA, 2005, p. 73).

Nesse sentido, mesmo que se considere o conceito de subordinação, desde o nascedouro do ramo do Direito do Trabalho até os dias atuais, o simples fato de uma parte exercer o poder diretivo na relação jurídica não configura necessariamente uma relação de emprego.

O conceito de subordinação tradicional é baseado na submissão do obreiro diante do empregador, sendo que esse controla, fiscaliza e dirige aquele. Nesse sentido, o teletrabalho em *home office*, em que pese possua o elemento de subordinação, também como elemento da sua relação, sua gradação é distinta porque a fiscalização direta não se faz presente, ocorrendo através de ferramentas tecnológicas, havendo maior ênfase ao resultado (produto) da execução do trabalho.

Neste particular, o poder diretivo do empregador e respectivos mecanismos de controle, em matéria de teletrabalho, serão abordados no tópico 4.2, especialmente com relação à utilização de instrumentos tecnológicos.

Para Moraes Filho (1994, p. 111), citando Paul Colin acerca de subordinação jurídica e dependência econômica:

Em realidade, aliás, seria profundamente inexato querer separar categoricamente subordinação jurídica e subordinação econômica. Na maioria dos casos, tanto uma como a outra, servirão para caracterizar o contrato de trabalho e a solução adotada aí então se afastará menos da realidade que ela se empenha por apreender. Esta solução

nos aparece assim como devendo unir subordinação jurídica e subordinação econômica. O simples fato de dar ordens não é o suficiente para caracterizar o contrato de trabalho, porque o próprio empreiteiro, por exemplo, pode receber ordens de quem lhe encomenda o trabalho. O termo “fiscalização” que os tribunais empregam significa mais que este direito de ordenar, implica também uma relação constante de indivíduo a indivíduo, relação que é precisamente caracterizada pelo fato que o trabalhador é economicamente ligado a seu empregador a quem ele empenhou a sua força de trabalho com o fim principal de retirar daí o salário que este empregador lhe deve.

Em relação à dependência econômica, ela é intrínseca a todo e qualquer contrato de trabalho, visto que o empregado, mediante sua força de trabalho, retira daí sua subsistência e de sua família.

A respeito de dependência econômica, Moraes Filho (1994, p. 78), trata do assunto, nos seguintes termos:

Para que haja dependência econômica daquele que fornece o trabalho para aquele que o paga, são necessárias duas condições:

1ª – que aquele que fornece o trabalho, dele tire o seu único, ou principal meio de subsistência. É necessário que ele viva do seu trabalho e a remuneração que receba não exceda sensivelmente as suas necessidades e as de sua família;

2ª – que aquele que paga o trabalho absorva, por assim dizer, integral e regularmente, a atividade daquele que presta o trabalho. É necessário que o empregador tome todo o tempo do empregado e que lhe assegure um mercado permanente para os produtos do seu trabalho, de tal forma que o empregado não tenha necessidade, nem possibilidade de oferecer os seus serviços a outros empregadores.

Estreitando a dependência econômica ao trabalhador a domicílio, colhe-se a lição de Moraes Filho (1994, p. 141):

Não resta a menor dúvida de que o trabalhador a domicílio é um dependente econômico, que vive às expensas do seu salário. Não produz por conta própria, nem negocia diretamente com o público, e sim presta serviços a um industrial ou comerciante, fazendo disso o seu modo de vida.

O teletrabalhador em *home office* em que pese utilize equipamentos tecnológicos para a execução da sua atividade laborativa, havendo por parte do empregador ou tomador dos serviços mais interesse no resultado do seu trabalho e pouco quanto ao tempo dispendido para realizar a tarefa, está em simetria com o trabalhador a domicílio, visto que também depende financeiramente do seu empregador, para manter sua subsistência.

No caso em apreço, mesmo que se admitisse, somente para argumentar, que o teletrabalhador em *home office* usufruísse de total discricionariedade acerca de como o produto ou serviço fosse apresentado/entregue, de qualquer sorte depende economicamente de outra pessoa (física ou jurídica) que requisita e paga pelos seus serviços laborais.

O teletrabalhador em *home office* habitualmente recebe ordens, instruções e orientações de como deve executar o trabalho, bem como a maneira de como o produto ou serviço deve ser entregue, não havendo nenhuma margem para discricionariedade ou liberdade para tomada de decisões quanto ao resultado.

Nesse sentido, apesar da disseminação da liberdade ou flexibilização na rotina ou jornada de trabalho, inegavelmente por conta da necessidade de apresentar resultados e utilização de determinados equipamentos tecnológicos, inquestionavelmente existe maior dependência técnica do teletrabalho em *home office*.

Esta dependência técnica vinculada ao empregador ocorre por conta do aparato tecnológico envolvido, exigido ou necessário para a execução (realização) do produto ou serviço, como por exemplo, a utilização de programa específico ou *software*, para a correta execução do trabalho.

A referida dependência técnica também pode se dar com relação à estrutura mínima necessária para teletrabalhar em *home office*, que envolve conexão da internet, *hardware* mínimo, determinado sistema operacional, entre outros.

O teletrabalho em *home office* justamente por ter os avanços tecnológicos como elemento indispensável, inevitavelmente coloca a dependência técnica no mesmo grau de importância que a dependência econômica. Assim conclui-se em consequência de que para teletrabalhar e atingir os resultados (produtividade) almejados, são necessárias as ferramentas tecnológicas disponibilizadas ou exigidas pelo empregador.

De nada adianta querer teletrabalhar se o sistema utilizado pelo empregador está fora do ar, por exemplo. Outra questão relevante é a falta de algum elemento necessário para teletrabalhar, como a energia elétrica, internet, entre tantos outros.

A dependência técnica ganha especial relevância nesta modalidade de trabalho, visto que somente o empregador domina o processo produtivo e sua funcionalidade, enfim ele dirige tecnicamente a prestação de serviços.

A partir do momento em que ficam ao arbítrio do empregador os conhecimentos técnicos e científicos de produção, determinando a forma, a qualidade, quantidade e o tempo de entrega do trabalho, cabe ao teletrabalhador apenas a força do seu trabalho, caracterizando-se a dependência técnica.

O teletrabalho em *home office* permite diminuir o controle da atividade do empregado em si, passando-se a controlar mais o resultado do seu trabalho. Contudo, o controle patronal recai sobre todo e qualquer trabalho, desde os poucos qualificados, repetitivos e monótonos que

retribuem por unidade de obra, mas também nos trabalhos mais qualificados ou que exigem maior conhecimento profissional ou intelectual.

É bem verdade que com o passar das décadas, o teletrabalho passou por estudos, implantação, críticas e amadurecimento, tornando-se uma realidade disseminada em todos os níveis da sociedade, seja na esfera pública ou privada. Como muitos dizem, “um caminho sem volta”.

Importante, então, investigar no âmbito das relações de trabalho, em especial de teletrabalho em *home office*, seu alcance sobre a privacidade do trabalhador, já que potencializa, através dos meios tecnológicos, violação aos direitos fundamentais, ligados à personalidade, tais como a imagem, a intimidade entre outros.

No tópico seguinte, abordar-se-á o direito fundamental à privacidade do teletrabalhador em *home office* com fulcro na norma fundamental constitucional e legislação infraconstitucional, bem como acerca dos potenciais riscos e limites frente aos direitos de personalidade, em especial ao direito à privacidade.

4.1 O TELETRABALHO EM *HOME OFFICE* E O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE DO TRABALHADOR

O início da discussão teórica a respeito do direito à intimidade surgiu com o artigo de Warren e Brandeis intitulado “*The right to privacy*”, publicado em 1890, cujo objetivo foi frear as intromissões da imprensa na vida e na honra das pessoas, esse artigo reúne várias manifestações, como a inviolabilidade do domicílio, da correspondência, entre outros (LEWICKI, 2003).

Neste viés, o conceito de privacidade com o passar do tempo deixou seu enfoque individualista, fruto da dinâmica da vida em sociedade, cada vez mais complexa, chegando aos dias atuais, da era da informação. Daquele conceito inicial, que tratava do direito a estar só, aos dias atuais, muita coisa mudou. O direito à privacidade, atualmente, está ligado ao direito de manter o controle sobre as próprias informações, enfim, de se proteger de julgamentos descontextualizados (LEWICKI, 2003).

Remete-se o leitor ao item 2.6 desta pesquisa, onde foi tratado acerca desta linha evolutiva e mudanças sociais ao longo do tempo, a respeito da privacidade.

O direito à privacidade encontra-se unido à dignidade e, também, aos direitos de personalidade. Dignidade, intimidade e personalidade são realidades mutuamente

interdependentes (MOREIRA, 2010). Nesse sentido, a preocupação atual é extensiva à proteção de dados pessoais, também chamado direito à autodeterminação informativa.

Nesse sentido, Moreira (2010, p. 293) pontua:

A preocupação com a proteção de dados pessoais surgiu por volta dos anos sessenta do século passado quando se tomou consciência de que, utilizando na altura novas tecnologias, era possível não só armazenar uma enorme quantidade de informação, mas também submetê-la a um tratamento informatizado. Estes tratamentos supõem um potencial risco para a privacidade das pessoas, pelo que o legislador considerou necessário adoptar medidas de garantia perante as possíveis ingerências da tecnologia neste direito, através das enormes possibilidades de recolha e localização de dados pessoais, assim como a sua recuperação e posterior tratamento.

Para Rebelo (2004), o direito à privacidade, mais do que um direito a não ser incomodado, é um direito de controle das informações que afetam a pessoa (com relevância tanto para a forma, quanto para o conteúdo da sua divulgação). Ou seja, é o direito que qualquer cidadão tem de não só reservar para si uma esfera da sua vida privada (mantendo-a secreta e intangível aos demais), mas também de poder e evitar a instrumentalização ou a divulgação de informações sobre a sua pessoa.

A privacidade engloba a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem, com previsão expressa no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal. Entretanto, a autodeterminação informativa nada mais é que uma derivação daqueles, dado que todos estão abrigados como direitos da personalidade, sob o manto do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

De acordo com Schreiber (2013, p. 137):

O direito à privacidade abrange, hoje, não apenas a proteção à vida íntima do indivíduo, mas também a proteção de seus dados pessoais. Em outras palavras, o direito à privacidade hoje é mais amplo que o simples direito à intimidade. Não se limita ao direito de cada um de ser “deixado só” ou de impedir a intromissão alheia na sua vida íntima e particular. Transcende essa esfera doméstica para alcançar qualquer ambiente onde circulem dados pessoais do seu titular [...] a privacidade pode ser definida sinteticamente como o direito ao controle da coleta e da utilização dos próprios dados pessoais [...].

Na doutrina estrangeira, esta autodeterminação informativa, enquanto alguns autores defendem tratar-se de um novo direito fundamental³⁷, para outros não se trata de um novo

³⁷ Note-se que para Moreira (2010, p. 295), “com este novo direito fundamental toda a pessoa tem o direito de preservar a sua identidade, controlando a revelação e o uso dos dados que lhe dizem respeito e protegendo-se perante a capacidade ilimitada de arquivá-los, relacioná-los e transmiti-los, objetivo que se pretende atingir atribuindo ao cidadão uma série de faculdades tendentes a garantir que o titular dos dados tenha consentido na

direito, apenas supõe um conjunto de novas possibilidades (mais amplas e complexas) de atentar contra os diversos direitos de personalidade, em particular o direito à privacidade (REBELO, 2004).

Independente da filiação da corrente doutrinária, a norma constitucional abarca proteção ao direito à privacidade, não somente à vida íntima do indivíduo, mas também a proteção de seus dados pessoais. A este respeito, Schreiber (2013, p. 15) assevera:

Nesse cenário, os dados pessoais fornecidos de modo irrefletido ou capturados involuntariamente são usados na construção de “perfis”, nos quais cada indivíduo acaba encaixado de acordo com características que o gestor das informações considera relevantes. Trata-se do chamado *data mining*, expressão utilizada para designar a atividade de extrair padrões de um determinado conjuntos de dados.

No Brasil, recentemente o direito à proteção de dados passou a ser considerado como um direito individual autônomo, tutelado pela Constituição Federal, através da Emenda Constitucional nº 115 de 10 de fevereiro de 2022, que incluiu a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais, com o acréscimo do inciso LXXIX no art. 5º da CF.

Na legislação infraconstitucional, os direitos da personalidade são regidos pelos artigos 11 a 21, do Capítulo II, do Livro I (Das Pessoas), da Parte Geral do Código Civil (BRASIL, 2002).

Apesar de o Código Civil brasileiro ter tratado apenas de alguns direitos da personalidade, sem o devido cuidado de ressaltar a existência de outros tantos além daqueles que contempla em seus artigos 11 a 21, essa omissão não impede que outras manifestações da personalidade humana sejam consideradas merecedoras de tutela, por força da aplicação direta do art. 1º, inciso III, da CF (SCHREIBER, 2013).

Na legislação civil, a privacidade é tratada no artigo 21 do Código Civil. Boa parte da doutrina faz críticas severas ao legislador ordinário ao não desenvolver o comando constitucional (art. 5º, inciso X), de modo a regular as situações mais habituais de violações frequentes.

Nessa linha, Schreiber (2013, p. 142-143) assevera:

A norma diz muito pouco para o seu tempo como já se enfatizou em relação aos direitos da personalidade em geral, o desafio atual da privacidade não está na sua afirmação, mas na sua efetividade. A mera observação da vida cotidiana revela que,

recolha e no tratamento dos seus dados pessoais ou, pelo menos, os tenha conhecido, dispondo do direito de aceder, retificar e cancelar, quando for necessário, tais informações”.

ao contrário da assertiva retumbante do art.21, a vida privada da pessoa humana é violada sistematicamente

Na CLT, a previsão dos direitos da personalidade do trabalhador encontra guarida no artigo 223-C da CLT, introduzido pela Lei n. 13.467/2017, denominada “reforma trabalhista” (BRASIL, 2017). Quanto à legislação trabalhista, as expressões utilizadas, tais como honra, imagem, a intimidade, a liberdade de ação, apresentadas no artigo 223-C, se dão de maneira exemplificativa e não taxativa (GOLDSCHMIDT, 2019). Com certeza, este é o melhor entendimento³⁸, visto que existem uma infinidade de possibilidades de violação ao direito fundamental da privacidade.

O legislador pátrio, no artigo 11 do Código Civil brasileiro, estabeleceu como regra geral que na hipótese de o titular querer, em decorrência de alguma circunstância fática ou econômica (necessidade), abrir mão ou renunciar a quaisquer dos direitos inerentes à personalidade, não poderá fazê-lo por conta da sua irrenunciabilidade, salvo exceções legais.

Nesse ponto, Goldschmidt (2019, p. 7) destaca:

Note-se que o preceito em tela pretende colocar a salvo a dignidade da pessoa humana, protegendo-a da ação do seu próprio titular. De fato, o exercício do direito da personalidade não pode sofrer limitação voluntária, assim como não pode o direito em si ser renunciado ou transmitido por seu titular, salvo exceção prevista em lei.

Nessa mesma linha, Schreiber (2013, p. 26):

Deixados inteiramente livres, os homens acabam por renunciar aos seus direitos mais essenciais, “concordando”, por força da necessidade, com situações intoleráveis. Não se trata de uma preocupação ultrapassada, como se pode verificar, a título meramente ilustrativo, dos inúmeros casos de venda de órgãos humanos que, mesmo sendo proibida por lei, ainda ocorre clandestinamente no Brasil e no exterior. Para atender às suas necessidades e de suas famílias, o ser humano é capaz de sacrifícios extremos.

O atual momento nunca foi tão propício para reflexão, debate e enfrentamento acerca dos limites à privacidade, à imagem e à intimidade frente as novas tecnologias que se apresentam cada vez mais intrusas, agressivas e contundentes. Nesse sentido, é preciso que se dê maior atenção ao direito à privacidade dos trabalhadores, não somente pela carga de fundamentabilidade que carrega, mas pelo fato dele ser constituído de características e de

³⁸ Segundo Goldschmidt (2019, p. 2), “sem dúvidas, todos esses ‘bens’ extrapatrimoniais são, em verdade, expressões juridicamente exercíveis e tuteláveis da personalidade do trabalhador, oriundos da sua dignidade igualmente protegida não só pela norma infraconstitucional em comento, mas também pela constituição brasileira e o direito internacional aplicável”.

atributos da pessoa humana, especialmente nos dias atuais, onde as relações laborais são transformadas pelo uso das tecnologias (DACHERI, 2019).

Dito isso, para caracterizar ofensa à privacidade de alguém, necessariamente deve ocorrer uma intromissão ou ingerência ilegítima, com divulgação pública dessa intromissão.

Segundo Schreiber (2013, p. 124):

O cerne do problema não está na deterioração dos valores tradicionais, mas na sua flagrante insuficiência diante das novas tecnologias que, sem prejuízo da sua imensa utilidade, tornam extremamente vulneráveis a imagem, a privacidade e a intimidade alheias. Essas novas tecnologias exigem uma nova cultura, capaz de fazer frente à crescente exposição do ser humano. Vivemos uma era decisiva, em que cada sociedade precisa decidir como lidar com essa nova realidade. Podemos continuar assistindo passivamente, com mero constrangimento, à invasão desautorizada da esfera alheia ou podemos estabelecer novos padrões de comportamento, éticos e jurídicos.

Durante muitos anos, a doutrina (tanto nacional quanto estrangeira) debateu acerca dos limites dos direitos à intimidade e à privacidade do trabalhador dentro do ambiente empresarial. Nesse sentido, os exemplos são muitos, tais como: revistas pessoais, revistas em objetos do empregado, veículo ou em espaços a ele reservados, instrumentos visuais, instrumentos auditivos, serviços de polícia privada e vigilância.

Certo também que, fora da empresa, a proteção ao direito à intimidade e privacidade dos trabalhadores é concebida sem maiores problemas, podendo-se trazer em caráter ilustrativo a liberdade de expressão, a liberdade religiosa e o modo de se vestir.

O problema que se apresenta diz respeito à era da informação, visto que a noção de espaço físico empresarial vem cedendo ao espaço virtual, impulsionada pelos meios tecnológicos que superam a barreira do espaço-tempo, especialmente em se tratando de teletrabalho em *home office*, onde o desempenho do labor ocorre em “local de trabalho virtual” (REBELO, 2004).

Trazendo o debate ao teletrabalhador em *home office*, existem muitas controvérsias a respeito do assunto, não se conseguindo chegar a uma solução perfeita que harmonize a necessidade da dinâmica empresarial e a proteção efetiva do direito à privacidade do trabalhador.

Dentre os inúmeros limites fundamentais a serem observados em se tratando de teletrabalho em *home office*, destaca-se a privacidade que engloba a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem, com previsão expressa no art. 5º, inciso X, da CF.

Neste ponto, Nunes (2018, p. 159) destaca que:

[...] os direitos à intimidade e à privacidade são, além de direitos fundamentais, da personalidade, vitalícios, absolutos, imprescritíveis, indisponíveis, irrenunciáveis e extrapatrimoniais, porém com reflexo econômico – reparação por dano material ou moral – caso sejam violados.

De acordo com Moreira (2010, p. 329):

O direito à privacidade é um direito, tal como já referimos por várias vezes, que se encontra ligado à dignidade da pessoa humana e, por isso, justifica-se a sua consagração ao nível do Direito do Trabalho. O contrato de trabalho pressupõe o reconhecimento da dignidade do trabalhador, sendo que a execução das obrigações que dele decorre não pode traduzir-se num atentado à dignidade da pessoa do trabalhador, tendo o ordenamento jurídico que lhe garantir os direitos fundamentais que tem enquanto pessoa. O direito à privacidade penetra, assim na relação de trabalho, erigindo-se como um importante limite aos poderes do empregador e, ao mesmo tempo, como uma garantia do exercício de outros direitos fundamentais.

Portanto, mesmo tratando-se de teletrabalho em *home office*, os direitos fundamentais que consagram a dignidade da pessoa humana têm como uma de suas “facetas” a reserva do respeito da vida privada, fazendo parte dos direitos da pessoa humana, com irradiação imediata no contrato de trabalho do teletrabalhador.

As justificativas, pretextos ou argumentos, no afã de legitimar a violação a tais direitos fundamentais, são os mais diversos e variados, que vão desde a necessidade de exercer o poder de fiscalização na qualidade de empregador, até a exigência da produtividade na execução do trabalho. Não bastasse isto, não pode-se perder de vista que o local de trabalho do teletrabalhador, nesta modalidade de trabalho, é a sua própria residência ou um determinado local do seu lar, tornando-se meio ambiente laboral.

Segundo Massi (2017, p. 95):

Por outro lado, o meio ambiente do trabalho não se restringe ao local de trabalho estrito do trabalhador. Ele abrange o local de trabalho, os instrumentos de trabalho, o modo da execução das tarefas e a maneira como o trabalhador é tratado pelo empregador ou tomador de serviço e pelos próprios colegas de trabalho.

Como aceitar uma ingerência patronal, mesmo com a distância ou com a utilização de recursos telemáticos, no ambiente familiar? Qual seria o melhor momento? Sob que condições? Como conjugar interesses tão divergentes?

A primeira dificuldade que se apresenta, em se tratando de teletrabalho em *home office*, diz respeito à identificar qual seria o momento em que o teletrabalhador estaria desenvolvendo suas atividades laborativas, visto que uma das vantagens do teletrabalho é a autonomia e a liberdade do teletrabalhador de decidir o melhor horário para exercer as atividades laborativas, de acordo com suas prioridades.

A reflexão se faz necessária, visto que somente durante a execução do trabalho, *a priori*, poderia o empregador se reportar ou exercer seu poder diretivo empresarial. Fora destes limites, estaria exorbitando e potencialmente atingido a intimidade e a vida privada do teletrabalhador em *home office*. Por isso é necessária a prévia fixação da jornada de trabalho, mesmo na hipótese de teletrabalho em *home office*, onde as partes envolvidas poderão interagir no exercício dos seus direitos e obrigações decorrentes do contrato de trabalho.

Quanto à questão acerca das “condições” em que o empregador poderia exercer seu poder diretivo, até porque é quem conduz a atividade econômica, entende-se que se deve antever todas as possibilidades, necessidades e principalmente as obrigações da relação jurídica estabelecida.

A única nuance que diferencia esta modalidade de trabalho da tradicional é que a execução do trabalho ocupa o mesmo espaço físico que o ambiente familiar, havendo, portanto, necessidade de se estabelecer regras e limites de modo a evitar violação ao direito constitucional fundamental da personalidade do teletrabalhador.

Justamente por tratar-se de ambientes distintos, com objetivos divergentes, se torna muito mais delicado conciliar os aspectos familiares e profissionais, ainda mais quando ambos se desenvolvem no mesmo espaço físico, apesar de a execução do trabalho desenvolver-se de forma virtual.

No que tange à pergunta inicial, sobre a possibilidade de conjugar interesses tão divergentes, constata-se que a resposta é positiva, desde que ocorra uma conjugação de esforços das partes envolvidas em estabelecer de maneira clara e pontual os respectivos limites, especialmente aqueles relacionados à “hora de trabalho” e “hora de descanso ou lazer”.

Conforme explica Moreira (2010), a privacidade não se limita a englobar os aspectos mais íntimos e pessoais, mas supera-os na medida em que assentam sobre o próprio marco da relação de trabalho, englobando diversos outros aspectos. Assim, a privacidade pode ser definida como o direito a ter um âmbito de reserva inacessível no local de trabalho, à intimidade das relações com os seus companheiros de trabalho, à própria atividade sindical, às comunicações por qualquer meio, incluindo o e-mail e a internet, à recolha e tratamento de dados, à captação de imagens e sons, além de outros requisitos, à realização de testes de saúde de determinadas doenças, testes genéticos, assim como à realização de testes para controle de consumo de álcool.

Como resolver um provável conflito entre esta modalidade de trabalho, que utiliza ferramentas tecnológicas, e o local de trabalho virtual que vem a ser residência do teletrabalhador? Como conciliar este último baluarte da privacidade, visto que a residência

sempre foi considerada, desde os primórdios da intimidade, como zona de reserva, círculo do qual participam somente aqueles a quem se quer dar a revelar?

O domicílio do trabalhador, que era o obstáculo físico, onde exercia plenamente os direitos de personalidade, restou ultrapassado pelo virtual, por conta dos avanços tecnológicos que possibilitaram a realização do trabalho de forma remota pelo computador, o qual se apresenta como ferramenta de trabalho e, ao mesmo tempo, mecanismo de controle, independentemente de qualquer normativo.

Nesse sentido, Barros (1997, p. 101) assevera:

A legislação brasileira não prevê a possibilidade de visitas à casa do empregado para conversar, com seus familiares, a respeito de algum mal que o tenha acometido, tampouco a intervenção do serviço social sem o seu consentimento, pois a casa é considerada pelo texto constitucional, como “asilo inviolável” (art.5º, XI). Só se permite que alguém penetre no domicílio de outrem sem o seu consentimento em caso de flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou, durante o dia, por determinação judicial. Logo, permitir-se a visita à casa do empregado com tal amplitude poderá conduzir a situações de arbitrariedade e gerar abusos na ausência de um parâmetro legal.

Como solucionar a questão relacionada ao trabalho e as questões relativas à informação e acesso por parte do empregador (exercício do poder de direção) para saber como está o desenvolvimento das tarefas laborativas no âmbito do domicílio do empregado?

Segundo Alves (2005, p. 374):

Com as novas tecnologias e com o avanço do teletrabalho, a relação de subordinação sofreu diversas mutações e, em alguns casos, é extremamente difícil discernir as faces do poder empregatício. Para a perplexidade de muitos juristas, não há como conceber uma simples separação espacial de áreas de liberdade e áreas de subordinação.

Quanto ao primeiro ponto, o conflito parece quase inevitável, visto que o espaço físico empresarial é cada vez mais virtual, sendo que a modalidade de trabalho em *home office* se transpõe ao ambiente familiar, local com contextos completamente diversos, vinculados ao descanso, emoções, interação pessoal e social com padrões específicos de conduta que destoam normalmente do ambiente profissional e laboral.

Neste particular, em decorrência da subordinação e desequilíbrio das forças da relação de emprego, não é tarefa fácil garantir a efetividade dos direitos relacionados à privacidade (direitos inespecíficos) do teletrabalhador, visto que, no Brasil, por exemplo, sequer existe previsão na legislação acerca do direito à desconexão, apesar de outros países da América do Sul, como Argentina, Uruguai e Chile, já possuírem legislação sobre o tema.

Com propriedade, Schreiber (2013) afirma que o universo virtual não pode se tornar uma bolha de imunidade aos valores fundamentais do ordenamento jurídico, em especial à proteção da dignidade humana.

De qualquer sorte, os avanços tecnológicos não possuem vontade própria³⁹. Nesse sentido, as violações aos direitos de privacidade ocorrem pelo excesso ou uso indiscriminado das novas tecnologias, através do poder diretivo empresarial, nomeadamente no regime de teletrabalho *home office*.

Inúmeras situações de lesão a direitos de personalidade ocorreram a trabalhadores com a adoção do teletrabalho durante o período pandêmico. De fato, muitos empregados se viram presos neste novo regime de trabalho, sem qualquer treinamento, preparação ou alerta. Por conta disso, acabaram tendo sua privacidade invadida, seja por conta da falta “filtros” em vídeo chamada, como, por exemplo, aparecer no fundo algum familiar despido, seja em decorrência de atendimento de consumidores interessados na compra de mercadorias em promoção de um grande magazine, em horário noturno, em total desrespeito ao direito à desconexão.

Segundo Rebelo (2004, p. 72) esta nova forma de trabalho – que conjuga trabalho no domicílio e as possibilidades abertas pelo trabalho em rede informática – ilustra bem “a extensão do trabalho subordinado”, podendo mesmo afirmar-se que há “uma extensão do âmbito da subordinação para a esfera privada do trabalhador”.

A empresa não é um mundo separado e estanque do resto da sociedade. Ademais, o direito fundamental à privacidade do trabalhador é inseparável da pessoa, uma vez que o “indivíduo-cidadão” leva-a sempre consigo, podendo exercitar ou reclamar o seu respeito em qualquer momento ou ocasião, inclusive durante uma relação de trabalho, são direitos inerentes à condição da pessoa, independentemente de ser trabalhador ou não, como o direito à vida, à integridade física e moral, à imagem, à liberdade religiosa, à honra, à intimidade.

Para Barros (1997, p. 33), o contrato de trabalho não poderá constituir “um título legitimador de recortes no exercício dos direitos fundamentais” assegurados ao empregado como cidadão; essa condição não deverá ser afetada quando o empregado se insere no organismo empresarial, admitindo-se, apenas, que sejam modulados os direitos fundamentais na medida imprescindível do correto desenvolvimento da atividade produtiva.

A violação da dignidade nas relações laborais, na maioria das vezes, ocorre em razão do empregador extrapolar o seu poder empregatício, valendo-se da vulnerabilidade econômica

³⁹ Não trata-se aqui de Inteligência Artificial – IA, em termos mais simples, a inteligência artificial refere-se a sistemas ou máquinas que imitam a inteligência humana para executar tarefas e podem se aprimorar iterativamente com base nas informações que coletam.

dos empregados, os quais necessitam permanecer no emprego para manter a subsistência e, por conta disso, acabam se submetendo a condições indignas e lesivas aos seus direitos fundamentais (DACHERI, 2019).

A ofensa aos direitos de personalidade é decorrência do abuso do poder diretivo por parte do empregador. Ainda que o artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho garanta ao empregador a prerrogativa de dirigir a prestação do serviço (BRASIL, 1943), tal normativa não o autoriza a ultrapassar os limites, que são determinados pelos direitos fundamentais e humanos (REIS, S., 2019).

Segundo Schreiber (2013), ao Poder Judiciário cumpre alcançar esse delicado equilíbrio: por um lado, manter-se atualizado para compreender o funcionamento das novas tecnologias, que vão se tornando parte do cotidiano de todos; por outro lado, não perder a sensibilidade para examinar a situação de pessoas que, por vezes, desconhecem ou não refletem sobre os riscos envolvidos no uso dessas novas tecnologias e que acabam, nesse contexto, surpreendidas por efeitos inesperados.

Em realidade, o teletrabalho em *home office* trata-se de uma tendência crescente em escala mundial, profetizada por muitos como “um caminho sem volta”, que decorre da era da informação, de acordo com os termos do informe de investigação conjunta da Organização Internacional do Trabalho (MESSENGER *et al.*, 2019).

Por obviedade, o empresário tem todo o direito de utilizar-se de novas tecnologias no desenvolvimento e crescimento da sua atividade econômica e empresarial. O que não parece aceitável é que essa utilização (aplicação) não pode ocorrer de maneira indiscriminada, de maneira desmedida e desproporcional, em total descompasso com os direitos fundamentais da privacidade e dignidade da pessoa humana.

O trabalho remoto e o incremento de novas tecnologias da informação e da comunicação no ambiente do trabalho não devem ser utilizados como subterfúgios para refutar a condição de trabalhador subordinado nem a sua proteção legal, como se fosse possível, nesse modelo produtivo, uma relação de trabalho alternativa e desprotegida, tão alardeada atualmente sob a roupagem de “empreendedorismo” (PEGO, 2019).

Segundo Pego (2019), as ferramentas virtuais de direção e controle utilizadas pelas empresas não poderão violar os direitos fundamentais do trabalhador, em especial a dignidade, a privacidade (intimidade e vida privada), a imagem e a inviolabilidade do domicílio. Apesar desta proteção decorrer das normas constitucionais, dotadas de eficácia direta e aplicação imediata, é salutar a edição de regras que reforcem estes limites.

Acredita-se não existir necessidade de mais “regras” ou “normas” para reforçar estes limites, conforme pontuou Pego (2019), basta a obediência e efetivo cumprimento das normas constitucionais fundamentais, até mesmo porque o ordenamento jurídico brasileiro possui volume expressivo de leis.

Neste contexto, onde o trabalho se sobrepõe ao ambiente familiar, onde não existe um limite claro do que seria “hora de trabalho” e “hora de descanso”, as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação (NTIC) são utilizadas como meio de controle, sem qualquer limite prévio, onde se potencializam os riscos do teletrabalho frente à privacidade do trabalhador.

Nesse contexto, de maior “flexibilidade”, seja com relação à esta nova forma de trabalhar, seja com relação à algumas vantagens decorrentes desta nova modalidade de trabalho, não parece sustentável e razoável que não exista nenhum tipo de limite. Nesse sentido, apesar de tratar-se de uma tendência mundial fruto da globalização, precarização e do discurso liberal, não parece digno e aceitável que esta modalidade de trabalho, aliada ao aparato tecnológico, ignore por completo todo o debate e enfrentamento histórico e social que culminou em condições mínimas de trabalho e permita qualquer invasão na vida privada do teletrabalhador.

Segundo Nunes (2018, p. 214), o dono dos meios de produção não pode contratar trabalho humano sem valorizá-lo; a função social da propriedade significa precipuamente fazer uso de uma propriedade que salvaguarda igualmente direitos sociais adquiridos pelo trabalhador, o que inclui um trabalho digno, adequado, com um mínimo de salubridade e segurança.

Os avanços tecnológicos e a mudança de perspectivas e valores da sociedade, em todas as relações, sejam elas comerciais, sociais ou laborais, não permitem uma resposta de imediato, seja do legislador ou do ordenamento jurídico infraconstitucional, devendo buscar proteção irremediavelmente nos direitos fundamentais, em especial no princípio da dignidade da pessoa humana.

A possibilidade de trabalhar remotamente e a dificuldade intrínseca de se estabelecer limites e potencializar os riscos no que se considera como “hora de trabalho” e “hora de descanso ou lazer”, tratando-se de teletrabalho em *home office*, não tem o condão de legitimar qualquer renúncia ou mitigação do princípio constitucional da dignidade da pessoa, que proíbe: 1) a “coisificação” ou a “objetualização” da pessoa; 2) a “funcionalização” (política, social, econômica, religiosa, científica, técnica) da pessoa; 3) a privação, da pessoa, de condições e de meios para uma sobrevivência livre, autônoma e decente; 4) humilhações e vexações da pessoa; 5) a submissão da pessoa a uma posição servil; 6) a eliminação total da vontade e da possibilidade de livre escolha da pessoa (STEINMETZ, 2004, p. 116).

Segundo Goldschmidt (2016), desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos constitui-se um verdadeiro apanágio da dignidade humana a sua consagração definitiva como categoria jurídica, merecedora de proteção e de promoção universal, como forma não só de permanentemente lembrar a importância e a proeminência da condição humana, mas também de proteger juridicamente a dignidade dos indivíduos.

Nesse sentido, imensuráveis são os riscos e a falta de limites do teletrabalho perante a privacidade do teletrabalhador que serão abordados no próximo subtítulo.

Atualmente, o debate deslocou-se para o ambiente familiar, em decorrência do teletrabalho em *home office*, visto que pressupõe a existência de limites e restrições que não coloquem em risco os direitos fundamentais da personalidade do trabalhador, em especial a privacidade.

Diante destas considerações, no tópico seguinte será tratado sobre os mecanismos de controle mais utilizados no teletrabalho em *home office*.

4.2 MECANISMOS DE CONTROLE NO TELETRABALHO PERANTE A PRIVACIDADE DO TRABALHADOR

O Estado foi o primeiro a utilizar em larga escala instrumentos e mecanismos de controle, inicialmente na coleta de informações pessoais, como por exemplo censos e pesquisas. Depois, com o desenvolvimento constante da tecnologia, começou a monitorar e disciplinar a coletividade, sob inúmeros pretextos, geralmente relacionados à segurança pública.

Neste ponto, Doneda (2019, p. 152):

Entre estas técnicas, está a elaboração de perfis de comportamento de uma pessoa a partir de informações que ela disponibiliza ou que são colhidas. Esta técnica, conhecida como *profiling*, pode ser aplicada a indivíduos, bem como estendida a grupos. Com ela, os dados pessoais são tratados com o auxílio de métodos estatísticos e de técnicas de inteligência artificial, com o fim de se obter uma “metainformação”, que consistiria numa síntese dos hábitos, preferências pessoais e outros registros da vida desta pessoa. O resultado pode ser utilizado para traçar um quadro de tendências de futuras decisões, comportamentos e destino de uma pessoa ou grupo. A técnica pode ter várias aplicações desde o controle de entrada de pessoas em um determinado país pela alfândega, que selecionaria para um exame acurado as pessoas às quais é atribuída maior possibilidade de realizar atos contra o interesse nacional, até para finalidades privadas, como o envio seletivo de mensagens publicitárias de um produto apenas para seus potenciais compradores, entre inúmeras outras.

Com a evolução da tecnologia, com a diminuição de seus custos financeiros, tornando-se cada vez mais popular e acessível, a mesma passou a ser utilizada em larga escala em caráter

privado, disponíveis a qualquer pessoa ou entidade empresarial, até mesmo a aquelas de pequeno e médio porte.

De acordo com Doneda (2019, p. 153):

O processo de coleta de informações pessoais, se não é absolutamente algo novo, desenvolveu-se bastante com a sofisticação das estruturas administrativas estatais e privadas, particularmente com o advento do Estado-nação e, ainda mais, com as grandes estruturas burocráticas estatais típicas do *welfare state*. Com o advento do computador e da possibilidade de digitalizar informações, a informação se torna mais útil e também praticamente onipresente.

Estas novas tecnologias, também chamadas de disciplinares, são comercializadas, via de regra, para monitorar o desempenho, comportamentos ou ações de uma pessoa. Na prática estas tecnologias disciplinares, captam diferentes aspectos, como por exemplo a construção de *datasphere*⁴⁰, *data mining*⁴¹, citando apenas estas duas modalidades de obtenção e utilização de dados pessoais, apesar de existirem outras.

Estas tecnologias disciplinares capturam diferentes aspectos, aparentemente inofensivos, mas no seu conjunto constroem um perfil do cidadão-trabalhador.

O grande problema da contemporaneidade é a utilização destes instrumentos de controle indiscriminadamente, permitindo a qualquer um rastrear, controlar e punir outras pessoas sem o seu consentimento. Em realidade, na prática, essas tecnologias são violações não consensuais da autonomia e privacidade do cidadão, sem a mínima noção dos seus verdadeiros objetivos ocultos.

Estreitando a temática aos mecanismos de controle, sobre o contrato de trabalho e ao teletrabalho em *home office*, passa-se a tratar, num primeiro momento, dos instrumentos de controle. Depois, no tópico seguinte, sobre seus limites e riscos.

Segundo Cyphers e Gullo (2020), em artigo ao site *Electronic Frontier Foundation* (EFF), a vigilância se faz mais presente através de recursos invasivos de controle de tempo e produtividade, extrapolando o necessário e o razoável para gerenciar a força de trabalho. A aplicação de tecnologias disciplinares não atende, via de regra, aos padrões de consentimento informado, sendo que na hipótese do trabalhador se recusar a usar ou instalar determinado *software*, poderá ocasionar sua demissão ou até mesmo obstaculizar a sua contratação.

⁴⁰ Segundo Doneda (2019, p. 153) consiste num conjunto de informações que compreenderia dados sobre nós e nossas ações.

⁴¹ Consiste na busca de correlações, recorrências, formas, tendências, e padrões significativos a partir de quantidades muito grandes de dados, com o auxílio de instrumentos estatísticos e matemáticos.

De acordo com Cyphers e Gullo (2020), mesmo na hipótese de o trabalhador dispor do direito de dizer não, a tecnologia disciplinar busca uma maneira de contornar a falta de consentimento, visto que o *software* de monitoramento é deliberadamente projetado para enganar o usuário acreditando não estar sendo observado e não tomar nenhuma medida para removê-lo.

Estas tecnologias disciplinares são comercializadas para os mais variados usos e objetivos, como *software* de “rastreamento automático de tempo” ou “análise do local de trabalho” (CYPHERS; GULLO, 2020). Outras empresas comercializam preocupadas com violações de dados ou roubo de propriedade intelectual.

Esses *softwares*, conhecidos popularmente como *bossware*, em referência à palavra *boss*, que significa chefe em inglês, podem registrar ações como o horário que o trabalhador liga o computador, quais sites ele acessa durante o expediente, o conteúdo dos e-mails enviados, o que ele está digitando ou clicando no computador e, em alguns casos, até mesmo utilizar a *webcam* para capturar o que o empregado está fazendo fora da máquina. O *Bossware* normalmente é usado em um computador ou *smartphone* e tem privilégios para acessar dados sobre tudo o que acontece nesse dispositivo. A maioria dos *bosswares* coleta praticamente tudo o que o usuário faz (CYPHERS; GULLO, 2020).

A tecnologia disciplinar mais comum de vigilância é o “monitoramento de atividades” onde acaba por registrar o *log* de quais aplicativos acessados, sites usados e visitados, e-mails ou mensagens enviadas, postagens em mídias sociais, entre tantas outras. A maioria dos *bosswares* fornece um detalhamento minuto a minuto de quanto um usuário digita e clica, usando isso como um *proxy* para produtividade (CYPHERS; GULLO, 2020).

O *software* de monitoramento de produtividade tentará reunir todos esses dados em tabelas ou gráficos simples que dão aos gestores uma visão do que os trabalhadores estão fazendo. Outros *bosswares* fornecem *feeds* de vídeo direto e ao vivo de suas telas. Esses dados brutos de imagem geralmente são organizados em uma linha do tempo, para que o superior hierárquico possa voltar ao dia de um trabalhador e ver o que ele estava fazendo em determinado momento (CYPHERS; GULLO, 2020).

Outros atuam como um *keylogger*⁴², registrando cada pressionamento de tecla que um trabalhador faz, incluindo e-mails não enviados e senhas privadas. Essas

⁴² Trata-se de um programa malicioso ou peça de *hardware* que registra tudo o que a pessoa digita em um dispositivo, incluindo senhas e outros detalhes pessoais, permitindo que outras pessoas coletem essas informações secretamente (a “chave” no *keylogger* refere-se às teclas no teclado). Os *keyloggers* geralmente

tecnologias disciplinares geralmente não fazem distinção entre atividades relacionadas ao trabalho e informações de contas pessoais, dados bancários ou informações médicas. Alguns *bossware* alcançam também o mundo físico em torno do dispositivo de um trabalhador. As empresas que oferecem *softwares* para dispositivos móveis quase sempre incluem rastreamento de localização usando dados de GPS. Pelo menos dois serviços — *StaffCop Enterprise* e *CleverControl* — permitem que os empregadores ativem secretamente *webcams* e microfones nos dispositivos dos trabalhadores. Estes monitoramentos podem ocorrer de maneira visível ou invisível pelo trabalhador (CYPHERS; GULLO, 2020).

A maioria das empresas que oferecem monitoramento visível, também oferecem o mesmo serviço de maneira invisível, inclusive com recurso de instalação remota e “silenciosa” que podem carregar *software* de monitoramento nos computadores dos trabalhadores, sem o seu conhecimento. Geralmente, tal prática nefasta ocorre no momento de configurar o *software* antivírus do trabalhador para que não detecte e bloqueie a atividade do *software* de monitoramento (CYPHERS; GULLO, 2020).

No artigo desenvolvido por Cyphers e Gullo (2020), os autores elaboraram uma tabela contendo algumas das diversas empresas que comercializam *softwares* de monitoramento, como a InterGuard, ActivTrak, CleverControl, DeskTime, Hubstaff, StaffCop, Teramind, TimeDoctor, Work Examiner e WorkPuls. Destas dez empresas, nove podem ser instalados de forma “invisível”.

Algumas empresas também comercializam seus produtos como ferramentas punitivas ou como formas de reunir evidências para possíveis ações judiciais de trabalhadores. A InterGuard, por exemplo, divulga abertamente que seu *software* pode ser instalado silenciosa e remotamente, para que os empregadores possam conduzir investigações secretas de seus funcionários e coleta de evidências sem alarmar o suspeito infrator. Em outras palavras, a InterGuard pode fornecer aos empregadores uma quantidade astronômica de informações privadas, coletadas secretamente, para tentar buscar provas ou fazer verdadeira investigação contra o trabalhador, sem o seu conhecimento e consentimento (CYPHERS; GULLO, 2020).

Portanto, existem fornecedores de *Bossware* que comercializam seus produtos para uma ampla variedade de usos e objetivos que vão desde o rastreamento de tempo,

são *malware* que os usuários foram enganados para baixar e executar ou, ocasionalmente, *hardware* físico conectado secretamente a um teclado ou dispositivo (CYPHERS; GULLO, 2020).

monitoramento de produtividade, conformidade com leis de proteção de dados, prevenção de roubo de IP, pagamento de bônus, ferramentas punitivas, coleta de informações pessoais dos funcionários (CYPHERS; GULLO, 2020).

Este poder do empregador decorre e tem fundamento constitucional na ideia da livre iniciativa (inciso IV do artigo 1º e no *caput* do artigo 170 da CF), mas não é por isso que seus poderes sejam ilimitados, atendendo à posição de subordinação jurídica do trabalhador, já que as empresas não constituem mundos separados e estanques do resto da sociedade.

Como todo e qualquer poder diretivo empresarial, o primeiro ponto que se destaca é que os instrumentos de controle utilizados necessariamente devem se ater à prestação de trabalho, sob pena de exorbitar o poder de direção (abuso de direito – artigo 187 do CC, supletivamente aplicável ao Direito do Trabalho por força do artigo 8º da CLT), colocando em risco os direitos e garantias fundamentais, entre eles o da privacidade do teletrabalhador.

Estes mecanismos de controle podem ser exercidos através de diversos instrumentos, isoladamente ou de maneira conjunta, até mesmo de maneira intercalada. Dentre eles destacam-se os audiovisuais, chamadas telefônicas, acesso e conexão à internet, correio eletrônico ou informático (computador), entre outros.

Se o controle por parte do empregador não é novo nem proibido, a novidade provém do fato de surgirem novas tecnologias que tem maior efetividade neste controle e com uma capacidade de recolher dados que, por vezes, parecem não ter limites. Essas novas tecnologias, diretamente conexas com os meios informáticos, determinaram uma profunda mudança no poder de controle do empregador, visto que boa parte da direção, controle e vigilância acontece à distância através do computador (MOREIRA, 2010, p. 373).

Na presente dissertação teve-se a oportunidade de verificar a evolução acerca do conceito de privacidade ao longo dos tempos, que se iniciou com o direito de estar só, chegando aos dias atuais para o direito de controle, pelo próprio titular, de seus dados e informações, seja quanto ao seu conteúdo, seja quanto a sua divulgação. Nesse sentido, reporta-se o leitor ao tópico 4.1 onde se tratou do assunto com maior profundidade.

Neste ponto, Doneda (2019, p. 41):

A privacidade, nas últimas décadas, passou a se relacionar com uma série de interesses e valores, o que modificou substancialmente o seu perfil. E talvez a mais importante dessas mudanças tenha sido essa apontada por Stefano Rodotà, de que o direito à privacidade não mais se estrutura em torno do eixo “pessoa-informação-segredo”, no paradigma da *zero-relationship*, mas sim no eixo “pessoa-informação-circulação-controle”.

É inegável que estes instrumentos de controle se tornaram mais eficazes e hostis através da evolução das ferramentas tecnológicas em se tratando de teletrabalho em *home office*, visto que pelo fato do desenvolvimento e execução do trabalho ocorrer no ambiente familiar, permite-se de maneira direta e reflexiva acesso a dados e informações ligados à intimidade e à vida privada do trabalhador.

As características das novas tecnologias aplicadas à relação laboral permitem a substituição do controle descontínuo e parcial realizado pela hierarquia humana, utilizado no modelo tradicional de trabalho, por um controle centralizado e objetivo, integrado na máquina em tempo real, originando um novo tipo de controle que consiste na reconstrução do perfil do trabalhador, através do armazenamento e tratamento de uma série de dados aparentemente inofensivos, mas que em conjunto permitem de antemão prever o modo de pensar, agir e se comportar do trabalhador.

Aranda (2001, p. 142) sustenta que o tratamento de dados obtidos, inter-relacionados entre si ou com outros que o empresário conseguiu obter de outras fontes (ausências, faltas, dados médicos, greves, etc.), permite obter um perfil completo do teletrabalhador que sirva de base para decisões posteriores. Através do tratamento automatizado de dados como atuação ou ausências e de outros menos objetivos, como motivação no trabalho ou capacidade de improvisação.

A respeito, sobre recolhimento de dados, Jeffery (2005, p. 194):

*Aparte de los datos que ha archivado el trabajador deliberadamente em el ordenador, el empresario también puede tener acceso a una cantidad importante de información que el mismo ordenador guarda de manera automática. Normalmente se guardan registros sobre los datos de tráfico de todas las páginas web visitadas, así como de todos los correos electrónicos recibidos y enviados (incluso de aquellos que el trabajador ha borrado del buzón). También se pueden guardar informes del uso físico que el trabajador hace del ordenador; es decir, de cada movimiento del ratón y de cada tecla que pulsa. Toda esta información se guarda como un aspecto normal del funcionamiento del sistema informático, dado que el software está diseñado para crear un sistema estable en el que no se pierde la información y en el que las operaciones se archivan para resolver problemas eventuales.*⁴³

⁴³ Tradução: “Além dos dados que o trabalhador armazenou deliberadamente no computador, o empregador também pode ter acesso a uma quantidade significativa de informações que o próprio computador salva automaticamente. Normalmente são mantidos registros dos dados de tráfego de todas as páginas da web visitadas, bem como de todos os e-mails recebidos e enviados (mesmo aqueles que o trabalhador excluiu da caixa de correio). Também se podem guardar relatórios do uso físico que o trabalhador faz do computador também podem ser salvos; ou seja, para cada movimento do mouse e cada tecla que se pressiona. Toda essa informação, se guarda como um aspecto normal do funcionamento do sistema informático, uma vez que o software é projetado para criar um sistema estável em que as informações não sejam perdidas e em que as operações sejam arquivadas para solucionar eventuais problemas. Não só as competências ou deficiências do trabalhador podem ser conhecidas da forma mais completa possível, ou antecipar e estimular a melhor

Com as novas tecnologias de informação e comunicação (NTIC), entrou-se numa nova etapa na vigilância e controle do homem-trabalhador, já que o computador permite atualmente um conhecimento do modo de pensar do trabalhador, através do controle das técnicas de trabalho, mas igualmente pela atenção centrada nos seus interesses pessoais registrados nas diversas conexões à internet. O instrumento informático pode recriar um perfil do trabalhador, assim como a própria evolução deste. Pode-se afirmar, assim, que o controle passou de uma vertente física para atender a um nível qualitativo inegável. Para o empregador torna-se fácil de apreender a maneira de pensar e de reagir dos seus trabalhadores, tornando-se difícil disfarçar uma parte da vida privada (MOREIRA, 2010, p. 421).

A amplificação deste controle ocorre através do recolhimento sistemático e exaustivo de dados do comportamento dos trabalhadores que, devidamente recolhidos, armazenados e tratados, permitem uma projeção e criação de perfis do trabalhador. Em contrapartida, surge a necessidade de se proteger a intimidade e privacidade do trabalhador, diante do armazenamento destas informações pelas novas tecnologias de informação e comunicação.

De acordo com Aranda (2001, p. 143):

*Surge así la necesidad de proteger especificadamente esta parcela de la persona del trabajador amenazada por la informática y no sólo, como tradicionalmente se há venido haciendo, en cuanto protección de su derecho a la intimidade – amenazado de um modo diferente -, sino también, más em general, de la libertad informática del trabajador, de su autodeterminación informativa.*⁴⁴

Para Jeffery (2005, p. 196), os empregadores agora podem manter um único arquivo detalhado de cada trabalhador que pode ser acessado por vários usuários. E, além disso, as informações fornecidas por esses usuários também podem ser completadas com a grande quantidade de dados pessoais que podem ser obtidos de fontes públicas e privadas (e que em alguns casos podem ser facilmente encontrados na Internet). Cada informação deste arquivo centralizado pode ser pouco importante e pouco prejudicial por si só, mas combinada com todas as outras pode permitir que o empregador configure um perfil pessoal complexo e detalhado de cada trabalhador, com o que gosta e o que não gosta, com suas preferências pessoais, seus pontos fortes e fracos, seu caráter e suas crenças.

adequação aos objetivos da empresa, senão que também se pode reconstruir aproximadamente o perfil moral, ideológico e sindical do trabalhador” (JEFFERY, 2005, p. 194).

⁴⁴ Tradução: “Surge assim a necessidade de proteger especificadamente esta parte da pessoa do trabalhador ameaçada pela tecnologia da informação e não apenas, como tradicionalmente tem sido feito, como proteção do seu direito à privacidade - ameaçado de outra forma -, mas também, mais em geral, da a liberdade informática do trabalhador, da sua autodeterminação informativa” (ARANDA, 2001, p. 143).

No teletrabalho em *home office*, esse controle se apresenta de maneira eficaz, mas de maneira mais sutil, seja através dos inúmeros aparatos tecnológicos como áudio, *software*, vídeo, controle de chamadas telefônicas, controle de acesso à internet, controle da conta do correio eletrônico, dentre tantas outras formas de intromissão.

Para Lewicki (2003, p. 114) as expectativas subjetivas de privacidade refletem o quanto as pessoas vivenciam de privacidade em seu ambiente; na medida em que os avanços tecnológicos permitem uma vigilância cada vez mais intensa, as expectativas de privacidade diminuem na mesma proporção.

Uma das principais ferramentas de trabalho do teletrabalhador em *home office* é o computador, o qual acaba se tornando simultaneamente mecanismo de controle e ferramenta de trabalho, proporcionando uma enorme quantidade de dados aos empregadores, contribuindo para aumentar a esfera de exercício do seu poder, originando também uma participação direta do trabalhador na sua atividade de próprio controle. Segundo a doutrina, torna-se um controle bidirecional, onde o trabalhador figura como um sujeito ativo e passivo de uma máquina ao mesmo tempo.

Neste ponto, Moreira (2010, p. 423) destaca:

Desta forma, as NTIC têm uma capacidade inquisitória que parece não ter limites e que afecta o próprio contrato de trabalho, chamando a atenção para um verdadeiro “risco de corrupção” deste que origina uma profunda mudança no próprio poder de controlo porque grande parte do exercício deste poder, dado o carácter ambivalente destas novas tecnologias, será feito à distância através do computador, passando este poder de elemento eventual da actividade para uma parte própria da actividade laboral.

Nessa mesma linha, Aranda (2001, p. 123) pondera:

*Dicho esto, parece de fácil comprensión que es em este nível donde se encuentra la principal dificultad en el teletrabajo, pues es necesario conciliar la necesidad que tiene el empresario de saber si efetivamente se há trabajado para él y em qué medida con la libertad individual del trabajador. Se trata de determinar cuál es el grado de transparência laboral que al empresario le es lícito alcanzar y donde se debe colocar la barrera de opacidade a la que el teletrabajador tiene derecho como persona.*⁴⁵

Por não existir legislação específica ou qualquer outro instrumento jurídico em matéria de direito do trabalho sobre o tema, a utilização da Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção

⁴⁵ Tradução: “Posto isto, parece fácil perceber que é a este nível que se encontra a principal dificuldade no teletrabalho, uma vez que é necessário conciliar a necessidade do empregador de saber se, de facto, o trabalho foi feito para ele e em que medida tem a liberdade individual do trabalhador. Trata-se de determinar o grau de transparência laboral que o empregador pode alcançar e onde deve ser colocada a barreira de opacidade a que o teletrabalhador tem direito enquanto pessoa” (ARANDA, 2001, p. 123).

de Dados – LGPD) de maneira subsidiária, pode e deve ter aplicação na relação de trabalho, até mesmo porque trata-se do marco legal em matéria de proteção de dados pessoais.

De qualquer sorte, tamanha a relevância do tema, que através da emenda constitucional n. 115 de 10 de fevereiro de 2022, incluiu a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais, com o acréscimo do inciso LXXIX no art. 5º da CF, onde assegura, inclusive nos meios digitais, o direito à proteção de dados pessoais.

Por se tratar de direitos relacionados a privacidade da pessoa humana, que também sustenta a condição de teletrabalhador na relação de trabalho, e pelo fato da Lei n. 13.709/2018 constituir uma lei geral que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais e estabelece regras que disciplinam a forma como estes podem ser armazenados por empresas ou por outras pessoas físicas, tendo como objetivo principal a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa, a mesma aplica-se no âmbito das relações de trabalho (REIS, B., 2019, p. 141).

A LGPD se aplica a qualquer operação de tratamento de dados realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que a operação de tratamento seja realizada no território nacional, desde que tenha por objetivo a oferta ou fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional ou desde que os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional (REIS, B., 2019, p. 141).

Através da inserção das NTIC, opera-se um novo equilíbrio entre os diferentes poderes do empregador, centrando-se estes poderes no controle da atividade, sendo que o uso destas tecnologias se torna um “poder panóptico” (FOUCAULT, 2005) da evolução do seu exercício diretivo.

Neste ponto, Nunes (2018, p. 168):

O poder diretivo é capaz de desviar a finalidade do teletrabalho invadindo o tempo de lazer e descanso, bem como violando a intimidade e a vida privada do trabalhador, por meio de ferramentas telemáticas e eletrônicas cada vez mais avançadas e comparáveis ao modelo panóptico de vigilância, porém aplicadas de modo mais sutil. E esses comportamentos por evidente, não são autorizados pelo conjunto de princípios e normas já sedimentado no ordenamento jurídico, ainda que, na contemporaneidade, o trabalhador esteja submerso na sociedade de controle.

O motivo pelo qual este modelo diferenciado de trabalho foi profundamente impactado pela adoção de mecanismos de controle, através dos avanços tecnológicos, se dá justamente

pelo fato de ser mediado por estes, bem como pela tênue distinção entre vida privada e vida profissional.

Neste ponto, Moreira (2010, p. 424-425) leciona:

[...] o fenômeno da convergência não permite mais distinguir claramente o que relevará da vida profissional e o que releva da intimidade da vida privada: o disco duro do computador é igualmente usado num domínio como noutro; a mensagem electrónica enviada ou recebida é feita através das mesmas condições técnicas, quer seja de ordem profissional ou pessoal e a consulta de sites da internet opera-se do mesmo modo qualquer que seja a natureza do site ou motivo da sua conexão.

E é este o problema do ambiente de trabalho contemporâneo, caracterizado por um modelo de controle total. Neste contexto, o indivíduo é visto como um objeto descritível e mensurável, possibilitando a vigilância permanente e individualizada aspirada pela arquitetura radial do panóptico de Jeremy Bentham, com a vantagem de incidir sobre aspectos específicos da pessoa analisada e de proporcionar, como resultado, minucioso arquivo (LEWICKI, 2003, p. 121).

Segundo Foucault (2005, p. 169):

O Panóptico funciona como uma espécie de laboratório de poder. Graças a seus mecanismos de observação, ganha em eficácia e em capacidade de penetração no comportamento dos homens; um aumento de saber vem se implantar em todas as frentes do poder, descobrindo objetos que devem ser conhecidos em todas as superfícies onde este se exerça.

O grande perigo advém das tecnologias que são utilizadas, já que com elas foram criadas formas mais sofisticadas e efetivas de controlar os trabalhadores. Assim, se estas tecnologias e a introdução de novos meios de comunicação eletrônicos tem inúmeras vantagens para o funcionamento interno das empresas, é inquestionável que suscitem importantes questões jurídicas em diversas áreas, com especial incidência no campo laboral (MOREIRA, 2010, p. 415).

Neste sentido, a boa-fé pode caracterizar-se como uma limitação também ao poder de direção do empregador, vedando sua atuação além do legítimo interesse empresarial (ARAÚJO, 1996).

Cabe destacar, o poder de controle do empregador deve sempre estar pautado nos princípios da proporcionalidade e boa-fé, bem como no conhecimento prévio por parte do empregado dos métodos de controle a serem utilizados.

A proporcionalidade⁴⁶, ou princípio da proibição do excesso, guarda intrínseca relação com a adequação e a necessidade das medidas a serem adotadas, além das formas e fins utilizados, neste controle empresarial. Trata-se de uma verdadeira condição indispensável para qualquer medida de controle por parte do empregador.

A restrição aos direitos fundamentais inespecíficos somente é admissível em situações excepcionais e desde que seja absolutamente imprescindível ao desenvolvimento da atividade econômica do empregador, devendo pautar-se sempre pela razoabilidade e ponderação.

Para a solução da colisão entre princípios, abstratamente do mesmo nível, se faz necessário utilizar a ponderação, visto que não existe hierarquia formal entre princípios. Esta ponderação se concretiza através do princípio da proporcionalidade ou também chamada por Alexy (2008) de máxima proporcionalidade.

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, esta busca precipuamente indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. Importante destacar a diferença entre o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito: o primeiro cuida de uma otimização com relação às possibilidades fáticas, enquanto o segundo envolve apenas a otimização de possibilidades jurídicas (BARROS, 2003).

Segundo Moreira (2010, p. 384):

A proporcionalidade permite, desta forma, que se estabeleça um justo equilíbrio entre os vários interesses e direitos em conflito, tendo sido entendida como um elemento essencial de todo o sistema judicial, significando que as limitações ao direito à privacidade dos trabalhadores só se justificam em que se trate de dar repostas proporcionais a um fim legítimo pretendido pelo empregador. Assim, as razões para limitar o direito à privacidade dos trabalhadores através do exercício do poder de controle têm de ter por base um direito ou necessidade do empregador em controlar a prestação do trabalhador e no direito ou necessidade de tratar os seus dados pessoais. Desta forma, toda a atuação do empregador deve estar relacionada com um fim lícito de natureza profissional.

Com relação à boa-fé no contrato de trabalho, aparece ela como criadora de deveres e direitos recíprocos a ambas as partes. Em realidade, a boa-fé deve pautar qualquer relação contratual, ainda mais quando se trata de uma relação contratual de trabalho em *home office* que se desenvolve e executa no âmbito doméstico do trabalhador.

⁴⁶ Segundo Moreira (2010, p. 385), “o princípio da proporcionalidade está estreitamente relacionado com a ideia de imprescindibilidade, supondo que as medidas de controle e de vigilância do empregador só serão legítimas nos casos em que sejam indispensáveis e não exista qualquer outra possibilidade menos restritiva no que concerne aos direitos fundamentais do trabalhador para satisfazer o interesse legítimo do empregador, devendo ser apreciado casuisticamente, dependendo das funções exercidas pelos trabalhadores e da própria atividade da empresa”.

Para Araújo (1996, p. 28), a boa-fé atua em vários estágios do vínculo obrigacional. Afasta-se, desde já, a noção de que o vínculo obrigacional é estático, consistindo em um momento solene de conjugação da declaração de vontades das partes como determinado objeto. O princípio da boa-fé atua em todo o aspecto do vínculo contratual, que é composto por uma série de obrigações.

Nessa linha, Moreira (2010, p. 389) assevera:

Desta forma, a boa-fé deve reger todo o comportamento do empregador enquanto contratante e titular de um poder privado, cumprindo uma tripla função: interpretativa, integradora e limitadora, pois deve servir como critério de interpretação de cláusulas ou ordens, permitindo integrar e completar lacunas e supondo um limite implícito no exercício regular do poder de controle, evitando abusos de autoridade por parte do empregador.

A boa-fé, na sua essência, visa encontrar o equilíbrio entre os direitos e interesses das partes no contrato de trabalho e pode ser vista como o princípio para dirigir o poder de controle do empregador para uma justa medida.

O princípio da boa-fé que deve presidir o exercício dos poderes de controle do empregador, exige que a atividade de controle seja conhecida pelos trabalhadores, podendo-se defender que o seu desconhecimento de que estão sendo controlados significa a violação do princípio da boa-fé no exercício dos poderes do empregador. Este dever de transparência tem sido relacionado com o dever de informar os trabalhadores acerca das condições de trabalho, e entre essas devem incluir-se as técnicas e os métodos de controle que o empregador adota (MOREIRA, 2010, p. 321).

De acordo com Araújo (1996, p. 185):

A boa-fé, assim como a lei, opera como um limitador dos direitos subjetivos. Trata-se de uma conduta de valoração ética, com seus efeitos verificados no caso concreto, no sentido de impor às partes uma conduta socialmente admissível e eticamente aceitável. É inadmissível o exercício de um direito subjetivo que se contraponha ao princípio da boa-fé. A parte não pode utilizar seu direito subjetivo para impor à outra um gravame excessivo, não admitido pelo ordenamento jurídico. O direito subjetivo deve ser exercido com base na lealdade e confiança, necessárias ao bom desenvolvimento do tráfico jurídico.

Nessa esteira, a doutrina já considerava pacífico o reconhecimento dos direitos fundamentais no âmbito interno da empresa, sejam eles específicos e inespecíficos. Estes mesmos direitos devem valer com razão redobrada quanto se trata de trabalho virtual, prestado na residência do teletrabalhador.

O simples fato do contrato de trabalho deslocar-se para o eixo domiciliar não desnatura ou retira o teletrabalhador dos mesmos direitos enquanto cidadão, relativos os direitos fundamentais de intimidade e vida privada, erigidos como direitos fundamentais de primeira dimensão.

Perfilha-se do entendimento de que pode o empregador, dentro do seu poder de direção, utilizar de meio de controle vinculado à tecnologia, desde que fique adstrito ao desenvolvimento e execução do trabalho, não devendo invadir a intimidade e privacidade do teletrabalhador em *home office*, sendo que na hipótese de excepcionalmente se fazer necessário tal medida, o único motivo legitimador seria o desenvolvimento da atividade econômica, sempre pautado pela razoabilidade, ponderação e boa-fé.

No próximo tópico, intenta-se estabelecer quais os principais limites e riscos em se tratando de teletrabalho em *home office*.

4.3 RISCOS E LIMITES DO TELETRABALHO EM *HOME OFFICE*

Uma das ferramentas de trabalho mais utilizadas tratando-se de teletrabalhador em *home office* é o computador, conforme se verificou no tópico anterior.

A utilização desta ferramenta, que é usada simultaneamente para o trabalho e controle, possibilita a coleta e armazenamento de dados e informações, seja na esfera do desenvolvimento do trabalho, seja na esfera pessoal do teletrabalhador em *home office*.

Neste ponto, Doneda (2019, p. 50) dispõe:

Essas tecnologias passaram a condicionar diretamente a sociedade, com sua filosofia de trabalho, seus instrumentos de produção, sua distribuição do tempo e de espaço; além de se identificar diretamente com a substância dos instrumentos e mecanismos de controle que podem causar a erosão da privacidade.

Diante destas considerações, acerca da maior efetividade na coleta de dados por esta ferramenta de controle e outros mecanismos ao dispor do empresário, que se dá através das novas tecnologias, fortalece a necessidade de se estabelecer limites a tal conduta empresarial, como forma de proteger os direitos fundamentais de personalidade do teletrabalhador em *home office*.

Segundo Almeida e Krost (2021, p. 42-43):

[...] reconhecer o quanto a LGPD, intencionalmente ou não, deixou de atentar em suas disposições abertas às relações de trabalho naquilo que as caracteriza e as diferencia dos demais vínculos jurídicos. Ao assim se posicionar, não impediu o Legislador a aplicação da regra aos liames laborais, o que seria inviável por flagrante

inconstitucionalidade. Ainda que tenha caráter eminentemente comercial, ou consumerista, tratando-se de uma lei geral, não apenas pode, como deve ser aplicada, com as adequações necessárias, aos diferentes ramos do Direito, inclusive o trabalhista.

A questão que se coloca não é a legitimidade do controle, mas a dos seus limites, tendo em consideração que com estas tecnologias ressurgiu o clássico debate relativo ao equilíbrio entre o direito fundamental à privacidade dos trabalhadores e os legítimos direitos dos empregadores de dirigir os trabalhadores e controlar as suas tarefas.

De acordo com Doneda (2019, p. 69):

Em retrospecto, por difícil que seja cristalizar a problemática da privacidade em um único conceito, é, no entanto, razoavelmente natural constatar que ela sempre foi diretamente condicionada pelo estado da tecnologia em cada época e sociedade. Podemos, inclusive, aventar a hipótese de que o advento de estruturas jurídicas e sociais que tratem do problema da privacidade são respostas diretas a uma nova condição da informação, determinada pela tecnologia.

Este controle está limitado pela sua finalidade e pela adequação do instrumento escolhido. Nesse sentido, não guarda pertinência, por exemplo, um teletrabalhador em *home office*, que possui como atividade laborativa o lançamento de informações em um banco de dados empresarial, ter em seu computador um *software* de captação de áudio do ambiente familiar de trabalho.

O que de fato se faz necessário é fixar previamente os parâmetros sobre os quais irão atuar os mecanismos de controle que utilizam ferramentas tecnológicas, devendo recair apenas sobre a produtividade e a prestação de trabalho, estando limitado pela finalidade e adequação do instrumento escolhido.

Desta forma, evitar-se-ão abusos ou excessos nestas formas de controle, as quais devem ser realizadas de maneira proporcional, seja na forma, no método, no lugar ou no momento, para não configurar ato atentatório a dignidade pessoal ou a privacidade do teletrabalhador.

Repisa-se: todo e qualquer controle deve ficar adstrito à produtividade e à prestação de trabalho, a fim de verificar o comportamento do trabalhador para obtenção do resultado pretendido, não sendo razoável qualquer atividade de vigilância ou controle estranho ao contrato de trabalho e ao conhecimento do trabalhador, até mesmo porque o teletrabalho em *home office* se dá no ambiente doméstico.

Nesse sentido, Moreira (2010, p. 377) ensina que o controle do empregador será lícito se buscar o controle de momentos ou circunstâncias da atividade laboral com reflexos no contrato de trabalho.

Não bastasse isto, estes mecanismos de controle têm a capacidade de abranger diversos aspectos e momentos da vida da pessoa, não distinguindo a separação entre trabalho e vida privada, até mesmo porque se desenvolve no ambiente familiar. Desnecessário dizer o quanto se potencializa a violação ao direito fundamental à privacidade, em todas as situações que dizem respeito ao trabalho humano, em especial o teletrabalho em *home office*.

Neste particular, existem limites por força de lei e outros, apesar de inexistir previsão normativa na legislação pátria, decorrem da relação contratual de trabalho em *home office* como o princípio da boa-fé e proporcionalidade que deve pautar todas as etapas de qualquer contrato de emprego.

O primeiro limite diz respeito às questões técnicas, ou seja, o empregador, na relação contratual trabalhista, em se tratando de teletrabalho em *home office*, quando exercer seu poder diretivo de controle, através das ferramentas tecnológicas, deve sempre optar pelo mecanismo de controle menos agressivo.

Portanto, o poder de controle empresarial deve sempre estar pautado na medida menos invasiva para os trabalhadores, pautando-se o poder diretivo na proporcionalidade e boa-fé. O poder de direção do empresário deve estar alicerçado nos aspectos relacionados à atividade produtiva, não podendo afetar, comprimir ou eliminar a esfera do direito fundamental da privacidade do teletrabalhador em *home office*.

Em síntese, dentre as inúmeras ferramentas tecnológicas possíveis e existentes para utilização pelo empregador, deve sempre optar por aquela menos hostil, visto que o ambiente de trabalho virtual se concretiza no domicílio do teletrabalhador.

A utilização de uma tecnologia disciplinar por parte do empregador deve simetria com a atividade laborativa prestada ou executada pelo teletrabalhador, podendo citar em caráter ilustrativo, um empregado que executa toda rotina contábil de uma empresa sob o regime de teletrabalho em *home office*, mediado pelo instrumento tecnológico do computador. Em síntese, sua atividade laborativa está adstrita ao manuseio, lançamento, coleta, controle de documentos e outras operações fiscais e contábeis, não havendo qualquer necessidade da utilização de um *software* ou aplicativo que capte o áudio ou vídeo do ambiente de trabalho que vem a ser o mesmo ambiente familiar. Por obviedade, o empregado presta ou executa suas atividades em ambiente virtual, entretanto seu trabalho se desenvolve no ambiente doméstico.

Por qual motivo ou justificativa, haveria necessidade do empregador em efetuar a captação de áudio ou vídeo neste caso em concreto? No caso em apreço, estaria se utilizando de uma medida de controle excessiva e desproporcional ao trabalho desenvolvido e exigido

para obtenção do resultado, até mesmo porque apesar de o trabalho ser desenvolvido no ambiente virtual, o local físico é o ambiente familiar. Nesta hipótese, o empregador estaria avançando na esfera da vida privada e intimidade do trabalhador, adentrando em questões vinculadas ao seio doméstico, onde geralmente se mantém secreto ou restrito a um grupo de familiares, opiniões, manifestações, sob diversos assuntos de caráter religioso, político, profissional, pessoal, amoroso, entre tantos outros.

Portanto, apesar de não existir qualquer previsão normativa ou recomendação das entidades fiscalizatórias como Ministério do Trabalho ou Ministério Público do Trabalho, acerca da necessidade por parte do empregador, em utilizar como mecanismo de controle a tecnologia menos invasiva, em se tratando de teletrabalho em *home office*, por uma questão relacionada à boa-fé e proporcionalidade, torna-se a mesma necessária, sob pena de violação à privacidade relativa a vida privada e intimidade do trabalhador.

O segundo limite se refere à possibilidade do empregador, através do aparato tecnológico, efetuar o recolhimento de dados na relação de emprego com o teletrabalhador em *home office*.

Em primeiro lugar, para ocorrer recolhimento de dados por parte do empresário nesta relação de trabalho, através de aparato tecnológico, é necessário primordialmente o consentimento do trabalhador. Nessa esteira, no tópico 2.5, ao qual remete-se o leitor, teve-se a oportunidade de tratar acerca da desigualdade material, diante do poder econômico e social do empregador, onde geralmente cabe ao empregado, tão somente, aderir ao contrato de trabalho.

A conceituação do consentimento é trazida pelo artigo 5º, inciso XII, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais como “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (BRASIL, 2018). Portanto, para que haja o tratamento de dados pessoais por parte de uma organização é necessário o consentimento do titular dos dados, conforme prevê o artigo 7º, inciso I, da LGPD.

Para Doneda (2019, p. 300), considerar o consentimento como um elemento suficiente para permitir qualquer recolhimento, utilização e tratamento de dados pessoais, seria o mesmo que neutralizar a atuação dos direitos fundamentais.

Nesse cenário, falar-se em consentimento do trabalhador para coleta, armazenamento e manipulação dos seus dados pessoais é, no mínimo temerário. Não bastasse toda a história das relações de trabalho e do Direito do Trabalho a demonstrar isso, no Brasil, pelo menos

desde 1966, não é mais aceitável a ingenuidade, quando não perversidade, de se deixar quaisquer aspectos da relação de emprego condicionados à vontade do trabalhador (ALMEIDA; KROST, 2021).

Portanto, apesar da necessidade do consentimento do trabalhador para permitir a coleta e armazenamento de dados e informações durante a relação trabalhista, a realidade demonstra que o consentimento ocorre no momento da celebração do contrato de trabalho, contrato esse considerado de adesão, posto que previamente redigido pelo empregador e com mínima (ou nenhuma) possibilidade de negociação por parte do empregado, longe de retratar, portanto, um real instrumento de realização da autonomia privada do trabalhador.

Nesse ponto, Almeida e Krost (2021, p. 45-46):

Todos sabemos que a relação de emprego é conceitualmente um negócio entre desiguais. A sua desigualdade possui caráter subjetivo e objetivo. Subjetivamente, o empregado é subordinado ao empregador, devendo, portanto, cumprir as suas ordens. Além disso, a fragilíssima proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa deixa o trabalhador à mercê da vontade exclusiva do patrão, que pode a qualquer momento livremente e sem qualquer razão justificável escolher extinguir a fonte de subsistência, não só daquele que lhe presta serviços, mas de toda a sua família. Sob outro aspecto, o objeto da relação é desigual: troca-se dinheiro por força de trabalho. Considerando essa última como as potencialidades humanas de trabalhar e que, justamente por isso, nunca se separam do próprio ser humano, o empregador paga pela própria pessoa do empregado. Este entrega a si mesmo, embora não de uma forma absoluta, como ocorreria na escravização, mas de forma relativa, limitando o tempo de vida oferecido ao empregador pelos limites impostos pela lei à jornada de trabalho. É justamente em virtude das desigualdades subjetiva e objetiva, que existem em toda a relação de emprego, que se justifica a proteção especial à figura do trabalhador.

Doneda (2019, p. 302) assevera:

[...] a fundamentação desse consentimento reside na possibilidade de autodeterminação em relação aos dados pessoais, e que essa autodeterminação deve ser levada em conta para caracterizarmos tanto a natureza jurídica bem como os efeitos desse consentimento.

Nesse sentido, não raras vezes o consentimento por parte do trabalhador é requisito exigido por parte do empregador, tanto para manutenção da relação de emprego ou em muitas outras vezes, primordial para viabilizar o acesso à contratação ou vaga de emprego. Nesse sentido, o consentimento deixa de ser uma verdadeira manifestação de vontade e passa a ser, tão somente, um obstáculo a ser contornado pelo empregador para acesso ou controle indiscriminado das informações e dados do trabalhador.

Por exemplo, os motoristas de entrega da gigante do varejo Amazon nos EUA precisam consentir com a vigilância de Inteligência Artificial, assinando formulários de “consentimento biométrico” em suas vans ou perderão seus empregos, usando sensores digitais

para monitorar e controlar a atividade de seus trabalhadores em nome da eficiência e segurança. Os dados que os condutores devem consentir que sejam recolhidos incluem fotografias utilizadas para verificar a sua identidade, localização e movimentos do veículo (incluindo milhas percorridas, velocidade, aceleração, frenagem, curvas, distância de seguimento), potenciais infrações de trânsito (como excesso de velocidade, não parar nos sinais de parada), comportamento de motorista, entre outras informações (VINCENT, 2021).

Logo, mesmo na hipótese de consentimento do trabalhador permitindo a coleta e armazenamento de dados e informações durante a relação de emprego, a melhor perspectiva a ser adotada quanto aos seus efeitos é restritiva, visto que a manifestação de vontade pode não expressar a realidade, diante de uma relação onde predomina o desequilíbrio econômico e natural vulnerabilidade de uma das partes.

O terceiro limite guarda relação com o fato de o trabalhador, no curso de uma relação de trabalho, a qualquer momento, revogar o consentimento para tratamento de dados, visto que ligado diretamente à autodeterminação do titular dos dados pessoais, inclusive com previsão normativa §5º do artigo 8º da Lei Geral de Proteção de Dados.

Quais dados poderiam ser objeto de revogação de consentimento? Todos? Somente Dados Pessoais? Dados pessoais sensíveis? Ambos? Em princípio, a lei determina que:

[...] o consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação (BRASIL, 2018).

Portanto, ao obreiro existe a possibilidade de manifestação da revogação de consentimento no curso do contrato de trabalho, entretanto corre o fundado risco de perder o emprego, a exemplo do que ocorreu com os motoristas da Amazon (VINCENT, 2021).

A Lei Geral de Proteção de Dados, não faz qualquer distinção acerca da revogação de consentimento acerca de dados pessoais ou dados pessoais sensíveis. De qualquer forma, conforme explanado anteriormente, no curso da relação de emprego a atitude empresarial deve sempre estar pautada pela boa-fé e proporcionalidade, tanto na coleta e tratamento de dados estritamente necessários para o acompanhamento, desenvolvimento e aprimoramento da atividade econômica.

Nesse sentido, não existe razão por exemplo, em coletar e tratar dados pessoais sensíveis de trabalhadores, se porventura a empresa não tem ou proporciona qualquer tipo de convênio com um plano de saúde ou entidade assistencial médica.

Segundo Gebhart, Galperin e Opsahl (2021), em artigo para o site *Electronic Frontier Foundation*, infelizmente foram desenvolvidas tecnologias disciplinares, através de aplicativos ou *softwares* que mesmo na hipótese de o trabalhador não consentir com a coleta de informações e tratamento de dados, o dispositivo tecnológico de monitoramento acaba deliberadamente enganando o mesmo, captando as informações e dados. Diante disso, pode um trabalhador, a qualquer momento, revogar o consentimento para tratamento de dados por parte do empregador, sejam eles dados pessoais ou dados pessoais sensíveis, até mesmo porque tal direito está ligado a autodeterminação do seu titular, entretanto corre o fundado risco de rompimento contratual trabalhista.

O quarto limite, a ser considerado, diz respeito a quais dados poderiam ser recolhidos pelo empregador durante a relação de teletrabalho em *home office*?

Quanto aos dados que podem ser recolhidos pelo empregador, apesar dos programas informatizados atuais permitirem uma infinidade de possibilidades na coleta de dados, entende-se que apenas os dados imprescindíveis relacionados ao contrato de trabalho podem ser recolhidos, processados e utilizados a título de informação, desde que demonstrado um motivo determinado e legítimo para justificar a coleta de dados. A utilização desta ferramenta de controle, com o recolhimento de dados e informações, não pode ultrapassar o contrato de trabalho e invadir a vida privada do teletrabalhador.

Nesse sentido, como abordado no tópico anterior, há o *keylogger*, onde determinadas tecnologias são desenvolvidas para captura informações, independentemente se a atividade está relacionada ao trabalho ou são de caráter pessoal.

Alguns dispositivos tecnológicos, como, por exemplo, o Teramind, não revelam tudo o que estão coletando ou quais dados, exatamente, estão sendo coletados, sem solicitações específicas (CYPHERS; GULLO, 2020). Entende-se que os dados coletados pelas ferramentas de controle do empregador devem guardar pertinência com a finalidade declarada, ou seja, delimitar de maneira clara qual seu objetivo e alcance, sem adentrar na esfera pessoal do teletrabalhador, sejam elas informações pessoais, dados sensíveis, intimidade etc.

Para Barros (1997, p. 157) o ideal seria o registro em aparatos tecnológicos apenas de dados relevantes para a relação trabalhista, mas nem sempre isso ocorre, e registram-se dados pessoais.

Nesse ponto, Almeida e Krost (2021, p. 45) destacam:

Na relação de emprego, o tratamento dos dados pessoais, sejam sensíveis ou não, normalmente ocorrerá quando necessário para a execução de contrato ou de

procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados, conforme previsto no inciso V do artigo 7º da Lei.

Para Moreira (2010, p. 410), na medida em que a vida privada do trabalhador não afete o correto cumprimento da prestação de trabalho, ela terá de ser indiferente para o Direito do Trabalho e, por via de consequência, ao empregador. Contudo, infelizmente a realidade não é esta, com o advento das tecnologias disciplinares, cada vez mais se intensifica o controle à distância por parte do empregador, dependendo do *software* utilizado ou resultado pretendido.

Nesse sentido, Guerra (2004, p. 14) pontua:

Decorrendo o exercício dos poderes de controle do próprio contrato, não devem os sistemas de informação assumir carácter ilimitado, mas ater-se ao que se revele necessário para aferir o cumprimento do contrato, naquilo que se relacione com a melhoria da organização produtiva da empresa.

Essa indiferença para o empregador, em realidade, liga-se ao respeito aos direitos da personalidade do trabalhador que acabam se revelando, por conta das atividades laborativas serem desenvolvidas no seu ambiente familiar e doméstico, colocando em risco, a todo momento, o difícil equilíbrio entre vida privada e vida profissional.

Por consequência, se apresenta como limite ao poder diretivo empresarial a utilização de qualquer ferramenta tecnológica, *software* ou aplicativo que, durante a relação de emprego, venha coletar e armazenar quaisquer informações vinculadas a intimidade, vida privada ou dados pessoais do trabalhador que não guarde qualquer relação com o contrato de trabalho.

O quinto limite a ser analisado é no sentido de que a coleta de informações e dados, sob nenhuma hipótese, pode ocorrer de maneira oculta, sem o conhecimento prévio por parte do teletrabalhador.

As tecnologias desenvolvidas atualmente no ramo de monitoramento permitem a coleta de informações e dados de maneira visível e de maneira invisível ao trabalhador. Neste particular, destaca-se a lista apresentada por Cyphers e Gullo (2020), apresentada no tópico anterior, onde verifica-se que todas as empresas de tecnologia do setor de monitoramento permitem ao empregador efetuar o controle do trabalhador de maneira oculta, sem o seu conhecimento.

Este limite, em se tratando de teletrabalho em *home office*, diz respeito à utilização de qualquer tipo de controle “oculto”, podendo-se citar, em carácter ilustrativo, a utilização de determinado *software* ou aplicativo que permite o controle de gestos, áudio, localização, dados, sites visitados e até mesmo mídias sociais, permitindo o acompanhamento e monitoramento de

aspectos da intimidade e vida privada do teletrabalhador, sem o conhecimento e consentimento prévio do laborador.

A doutrina vem considerando que o âmbito da privacidade não se esgota no controle “externo” dos danos que dizem respeito à pessoa, mas também interno, englobando um “direito a não saber”: o indivíduo deve não apenas poder impedir o acesso injustificado de terceiros às informações que dizem respeito à sua intimidade, como também decidir o grau de informações sobre sua própria pessoa que ele deseja dar a conhecer (LEWICKI, 2003, p. 124).

É exatamente nesse sentido que o empregador deve pautar sua conduta empresarial, utilizando-se do meio tecnológico para fins de mecanismo de controle do teletrabalhador em *home office* com o conhecimento prévio por parte do empregado, uma vez que os direitos à intimidade e à privacidade são fundamentais, ligados à personalidade do trabalhador, não comportando, como regra geral, qualquer disponibilidade, renúncia ou relativização.

Portanto, não basta apenas o consentimento prévio por parte do trabalhador acerca da coleta de dados, faz-se necessário levar ao conhecimento deste quais são estes mecanismos utilizados de controle e coleta de informações, bem como seu alcance e extensão. Toda e qualquer obtenção de dados e informações por meios ocultos, desleais e contrários à boa-fé caracterizam abuso de direito patronal.

Para Aranda (2001, p. 138) o conhecimento pelo teletrabalhador das condições de utilização – exclusivamente profissional – e da possibilidade de acesso aos sistemas de comunicações pelo empregador será garantia suficiente, uma vez que não se cria expectativa de sigilo. A referida obrigação de informação deve incidir sobre a finalidade dos referidos controles, as razões em que se baseiam, o seu alcance e, se for caso, as condições de recolhimento, armazenamento e utilização da informação registada e os mecanismos de garantia da sua confidencialidade.

Numa relação de teletrabalho em *home office*, o ideal seria distinguir os programas que permitem o recolhimento de dados por exigências produtivas, dos que pretendem um verdadeiro controle sobre o teletrabalhador. Daí a necessidade da transparência e conhecimento prévio por parte do laborador, não sendo tolerável qualquer controle oculto, conforme dito anteriormente.

Entende-se que mesmo naquelas situações em que o empregador altera os meios de controle empresarial utilizados até então, deverá necessariamente informar os teletrabalhadores acerca desta mudança, independentemente da motivação, como por exemplo, a mudança por um programa, *software* ou aplicativo mais atualizado, que permite acesso e recolhimento de mais dados.

A instalação por parte do empregador de qualquer recurso tecnológico de maneira oculta, sem o conhecimento prévio por parte do teletrabalhador em *home office* ou que busque enganá-lo, acreditando não estar sendo monitorado, infringe contra a intimidade pessoal e vida privada, visto que suas atividades laborativas se desenvolvem no ambiente doméstico.

O sexto limite a ser fixado guarda pertinência ao armazenamento de dados e informações através dos meios tecnológicos, visto que não podem se dar de maneira indefinida, devendo ser fixado prazo de sua duração. Portanto, não pode o empregador dispor destes dados de maneira permanente, nem sequer ceder tais informações a terceiros.

No tocante, relevantes as considerações de Guerra (2004, p. 71):

Quando está em causa o tratamento de dados dos trabalhadores, como veremos, é desejável, em situações específicas, a conservação por prazos muito limitados por forma a evitar discriminações, constituição de perfis ou utilização indevida de dados para proferir decisões individuais automatizadas. Porém, no domínio das relações de trabalho, os prazos de conservação podem variar de empresa para empresa na medida em que há situações específicas em que – na sequência de benefícios ou prerrogativas concedidas aos trabalhadores ou seus familiares (v.g. uma pensão complementar de reforma, assistência médica aos elementos agregado familiar, faculdade de continuar a usufruir de benefícios em relação à utilização dos meios de transporte da empresa ou refeitório) – o tratamento de certos dados pessoais pode perdurar para além da subsistência do contrato de trabalho ou, até, da vida do trabalhador.

Para Doneda (2019, p. 265), faz-se necessário estabelecer um limite temporal acerca de registro de quaisquer dados e tratamento de informações. Traz-se a título de exemplo, o Código de Defesa do Consumidor:

As disposições do CDC revelam, como foco de preocupação do legislador, o estabelecimento de equilíbrio na relação de consumo por meio da interposição de limites ao uso da informação sobre o consumidor pelo fornecedor (que estaria justificado, de certo ponto de vista, na efetivação da transação com maior segurança). Assim, por exemplo, o registro de dados negativos sobre um consumidor não poderá ser mantido por um período maior de 5 anos;

Defende-se, então, que na relação de emprego na modalidade de trabalho em *home office*, o empregador não pode dispor indefinidamente de dados e informações coletadas do teletrabalhador, devendo as mesmas serem inutilizadas ou eliminadas, após a ruptura contratual ou na pior das hipóteses, a fixação de um prazo máximo a ser definido para armazená-las.

No caso em apreço, o acesso pelo empregador e a disponibilidade de dados e informações do trabalhador, ocorreu por força da relação de trabalho. Uma vez que, não subsistindo mais o vínculo contratual entre as partes, em princípio não existe qualquer razão para mantê-las armazenadas.

Como regra geral, não tem qualquer cabimento o armazenamento de dados e informações de trabalhadores por longo período ou prazo indefinido, poderá excepcionalmente existir motivo plausível para seu respectivo armazenamento após o término ou ruptura contratual, como, por exemplo, um benefício elegível de uma entidade fechada de previdência privada ou um seguro coletivo.

Consequentemente, constitui-se como mais um limite ao poder diretivo empresarial a conservação e armazenamento de dados e informações de trabalhadores de maneira indefinida ou por período longo, após o término da relação contratual trabalhista, exceto se existir um motivo comprovadamente justificável e necessário para tal armazenamento.

O sétimo limite corresponde à observância por parte do empregador, na correta utilização destes dados e informações coletadas ao longo da contratualidade. Não se configura admissível, nem mesmo razoável que possa o empregador em decorrência de sua posição de superioridade, ceder ou dispor para terceiros tais informações ou dados.

Neste particular, atualmente na legislação pátria, inexistente qualquer instrumento normativo ou mesmo decorrente de negociação coletiva que trata da temática na órbita do direito do trabalho, aplicando-se de maneira subsidiária a Lei n. 13.709/18. Pelo fato do empregador obter muito mais dados e informações com a utilização de ferramentas tecnológicas disciplinares, que permite o acúmulo e armazenamento destas informações construindo o perfil do trabalhador, não se justifica que possa eventualmente ser disponibilizado a terceiros ou utilizadas para fins diversos para o qual foi inicialmente coletada tamanho detalhamento de informações. Aceitar tal raciocínio, levaria à quebra da fidúcia por parte do empregador, através de um ato patronal que poderia desencadear inúmeras consequências, durante ou mesmo após a relação contratual laboral.

A título exemplificativo: e se uma empresa de telemarketing que possua grande quantidade de trabalhadores e devido à grande rotatividade de funcionários, resolva ceder ou dispor de maneira gratuita ou recompensada os dados e informações coletadas dos seus ex-empregados a outra empresa do mesmo setor? Os efeitos sobre a privacidade dos trabalhadores com a disponibilização de informações e dados pessoais seria desencadeado somente após o término do contrato de trabalho. Este acesso às informações recolhidas não ocorreu por força de uma circunstância determinada? Por qual razão poderia o empregador dar destinação diversa, findo o contrato de emprego? Entende-se que a origem ao acesso destas informações foi o contrato de trabalho, devendo ficar adstrito a ele. Não detém o empregador um poder legitimador que permita dar destinação diversa para o qual inicialmente foi a justificativa para recolhimento de informações e dados do trabalhador.

A esse respeito, Barros (1997, p. 157) destaca:

Logo, não pode o empregador revelar aspectos da vida privada de seus empregados, nem dar informação a terceiros, a outra empresa ou a centro de recoleção de dados sobre os bens, vencimentos, rendas do trabalhador, nem sobre sua vida particular e familiar. Tampouco poderá permitir sejam esses dados extraídos de aparatos tecnológicos ou outra forma de registro, cujos responsáveis também deverão manter sigilo acerca desses dados.

A situação na atualidade relativa a utilização de dados e informações coletadas mediante aparato tecnológico, inclusive na hipótese de ceder ou dispor para terceiros, se assemelha àquela do passado, relativa à manutenção de listas negras pelos empregadores com a respectiva negativa de contratação, onde o laborador pelo fato de ter ajuizado ações trabalhistas anteriores não era contratado posteriormente. O judiciário laboral, em diversas oportunidades inclusive perante o Tribunal Superior do Trabalho, entendeu que a referida lista mesmo que adstrita a um pequeno grupo de empresários violava a dignidade do trabalhador.

Neste sentido, trilham os precedentes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. INCLUSÃO DO RECLAMANTE EM "LISTA NEGRA" DOS TRABALHADORES QUE AJUIZARAM AÇÃO CONTRA A RECLAMADA. AÇÃO ATUAL AJUIZADA CONTRA A TOMADORA DE SERVIÇOS. AÇÃO ANTERIOR CONDENANDO SUBSIDIARIAMENTE A RECLAMADA. REPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL. PROVIMENTO. Por prudência, ante uma possível violação do artigo 114, VI, da Constituição Federal, impõe-se o processamento do agravo de instrumento. Agravo de instrumento a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. INCLUSÃO DO RECLAMANTE EM "LISTA NEGRA" DOS TRABALHADORES QUE AJUIZARAM AÇÃO CONTRA A RECLAMADA. AÇÃO ATUAL AJUIZADA CONTRA A TOMADORA DE SERVIÇOS. AÇÃO ANTERIOR CONDENANDO SUBSIDIARIAMENTE A RECLAMADA. REPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL. PROVIMENTO. Na hipótese dos autos, o egrégio Tribunal Regional consignou expressamente que carece de competência para processar e julgar a presente demanda, pois o reclamante ajuizou a presente demanda apenas contra a empresa tomadora de serviços, na qual pretende que seja condenada ao pagamento de compensação por dano moral em razão da inclusão do seu nome em uma "lista negra" com o nome dos trabalhadores que litigaram contra a reclamada, o que impediria sua contratação com outras empresas. Ocorre que a causa de pedir da petição inicial diz respeito ao dano surgido após a condenação subsidiária da reclamada em ação anteriormente ajuizada pelo reclamante. Assim, o exame da alegada inclusão do reclamante em uma "lista negra" dos trabalhadores que promoveram ação contra a reclamada, traduz hipótese jurídica que se insere no rol de competências da Justiça do Trabalho, por se tratar de reponsabilidade pós-contratual de empresa tomadora de serviços condenada subsidiariamente em ação trabalhista anterior. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (TST. RR-144800-55.2010.5.23.0051, 5ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 08/05/2015) (BRASIL, 2015).

E, ainda:

FASE PRÉ-CONTRATUAL. DEVERES ANEXOS DO CONTRATO DE TRABALHO. LISTA NEGRA. REPARAÇÃO PECUNIÁRIA POR DANOS MORAIS. DEVIDA. São deveres anexos ao contrato de trabalho os de lealdade, probidade, honestidade, respeito e informação, os quais devem ser observados tanto na fase pós, como na pré-contratual, e decorrem do princípio da boa-fé objetiva, consagrado no art. 422, do CC, aplicado subsidiariamente ao Direito do Trabalho, por força do art. 8º, parágrafo único, da CLT. Havendo descumprimento de um destes deveres anexos do contrato, diz-se que ocorreu uma violação positiva do contrato, a qual poderá importar em ofensa a direitos extrapatrimoniais, atraindo a obrigação de indenizar, nos moldes dos artigos 186 e 927, do CC. Provado nos autos que os primeiro, segundo e quinto reclamados mantinham "lista negra", contendo nome de trabalhadores que ajuizaram ações trabalhistas em face de outros produtores rurais, bem como a negativa de contratação do reclamante por ter ajuizado reclamações trabalhistas anteriores, tem-se que os demandados praticaram conduta ilícita e discriminatória, porque eles frustravam o exercício do direito de ação garantido constitucionalmente, e desrespeitavam os deveres anexos do contrato de trabalho, com a consequente violação à dignidade do trabalhador, razão pela qual o reclamante faz jus à indenização por danos morais postulada. (TRT-3 - RO: 00804201414603001 0000804-21.2014.5.03.0146, Relator: Fernando Luiz G.Rios Neto, Setima Turma, Data de Publicação: 18/08/2015) (MINAS GERAIS, 2015).

O oitavo limite, já tratado no tópico 3.5, diz respeito ao marco jurídico constitucional fixado relativo à limitação da jornada de trabalho (art.7º, XIII e XIV), ao repouso semanal remunerado (art.7º, XV) e ao gozo de férias anuais remunerada (art.7º, XVII) pois esta modalidade de trabalho traz enraizada a dificuldade em estabelecer os limites de “hora de trabalho” e “hora de descanso ou lazer”, em decorrência da sua flexibilidade, aliada ao fato destes instrumentos de controle de maneira nenhuma fazerem qualquer distinção de tempo ou espaço.

Todas estas situações, descritas como “limites”, onde o empregador exerce seu poder diretivo de controle durante a relação de emprego, deverão sempre estar pautadas pelo princípio da boa-fé e proporcionalidade, conforme detalhado anteriormente.

Todas as principais obrigações de empregado e empregadores são, respectivamente, prestar trabalho e pagar salários, formando, ao lado dos demais deveres contratuais, um verdadeiro “feixe obrigacional”. Seja na fase contratual ou nas etapas prévia e posterior ao liame, uma postura ética de ambos os sujeitos se mostra não apenas recomendável, mas essencial, a fim de não gerar expectativas indevidas ou potenciais danos (ALMEIDA; KROST, 2021).

É claro que irão surgir dificuldades concretas no momento da aplicação do direito à privacidade no contexto laborativo. Esta modalidade de trabalho (teletrabalho em *home office*) rompe com o paradigma tanto de “espaço”, do que seria considerado local de trabalho, quanto de “tempo”, por conta da difícil constatação de qual seria o momento “hora de trabalhar” e qual momento “hora de descanso”. Aliado a tudo isto, existe outro aspecto relevante que é o natural

desequilíbrio da autonomia das partes no âmbito contratual, visto que o trabalhador fica adstrito a uma posição de sujeição e de subordinação, em evidente desigualdade jurídica.

Mais difícil ainda será estabelecer um equilíbrio entre a necessidade que tem um empresário de obter informações sobre seus trabalhadores e o direito do trabalhador à intimidade e dignidade humana. O ajuste deste equilíbrio se dará na análise dos casos em concreto.

Essa sistemática envolve questões cruciais relativas aos limites no acesso e obtenção de dados pelo empregador e a potencial violação de direitos fundamentais do trabalhador, como a dignidade e a privacidade. Tanto na sociedade em geral quanto nas relações de trabalho, é comum que as empresas imponham, como requisito para a utilização de suas plataformas e sistemas, o acesso a informações pessoais existentes nos dispositivos, como contatos, mídias, câmera, localização e outras, as quais são processadas na elaboração do perfil de cada pessoa, no caso o perfil produtivo do trabalhador (PEGO, 2019).

Num eventual conflito entre os interesses do empregador e a privacidade do teletrabalhador, em princípio deve prevalecer esse e não aqueles, por se tratar a privacidade, como visto nos tópicos anteriores, de um direito fundamental de primeira dimensão.

Toda e qualquer restrição, também chamada de “modulação” aos direitos fundamentais, deve ser indispensável e necessária, dependendo de análise prévia do caso em concreto.

Nesse sentido, Schreiber (2013, p. 182):

São as inovações tecnológicas que devem ser readaptadas para evitar a violação à privacidade. Tal violação somente pode ser admitida quando justificada à luz de uma delicada ponderação com outros interesses igualmente protegidos, como a proteção à saúde, à identidade e assim por diante.

Nessa mesma linha, Moreira (2010, p. 408):

Desta forma, defende-se que estas modulações têm que ser indispensáveis e estritamente necessárias para satisfazer um interesse do empregador que seja merecedor de tutela e de proteção. Se existirem outras possibilidades de satisfação de tal interesse menos agressivas e que afetem menos os direitos em causa, terão que ser adoptadas em detrimento das primeiras, respeitando-se sempre o princípio da proporcionalidade na sua tripla vertente, já que a constitucionalidade de qualquer medida restritiva de direitos fundamentais é determinada pela estrita observância deste princípio.

Portanto, defende-se que o poder de controle do empregador encontra limite no teletrabalho em *home office* em tudo que não guarde uma relação direta com o contrato de

trabalho, devendo sempre utilizar a opção tecnológica menos invasiva e jamais de maneira oculta.

Defende-se, outrossim, que independentemente de o trabalho ser desenvolvido na sede da empresa (trabalho formal) ou no ambiente familiar (teletrabalho em *home office*), o empregador estará sujeito à observância dos limites constitucionais fundamentais, em especial aos direitos fundamentais sociais específicos e, com muito mais forte razão, os inespecíficos.

Nesta linha, Nepomuceno (2020, p. 179) assevera:

[...] enquanto o desenvolvimento econômico e o tecnológico são essenciais ao desenvolvimento da sociedade e do próprio Estado, os direitos dos trabalhadores enquadram-se como direitos humanos fundamentais que não podem ser relegados a segundo plano, sob pena de o Estado causar um verdadeiro descompasso social e não conseguir atingir seu fim precípua, qual seja, o bem-estar social equilibrado.

O grande problema reside em garantir efetividade ao direito à privacidade do trabalhador, ainda mais dentro de uma relação de teletrabalho em *home office*. Os riscos para o trabalhador não ficam adstritos somente a possíveis problemas físicos ou ergonômicos, mas prologam-se para outras particularidades da sua personalidade, como a honra, imagem, intimidade, liberdade, autoestima, sexualidade, saúde, lazer, integridade física (GOLDSCHMIDT, 2019) e proteção de dados pessoais, assim como da sua própria dignidade.

Estes riscos, sejam eles físicos ou de qualquer outra natureza, decorrem dos dias de hoje, diante das dificuldades do teletrabalhador de se esquivar dos mesmos, em face dos quais se submete, seja por força das circunstâncias, seja por força de não ter melhor opção de emprego, sujeitando-se a condições flexíveis e precárias de trabalho, que buscam burlar as normas de saúde e segurança, além dos demais direitos de personalidade.

Não bastasse isso, na contemporaneidade ficou acentuada a desigualdade material entre as partes, trazendo a dificuldade intrínseca no cumprimento dos direitos fundamentais inespecíficos no teletrabalho em *home office* por parte do empregador, que acaba invadindo a vida privada e intimidade do seu laborador no curso da relação de emprego.

Outro risco diz respeito ao descompasso entre o progresso tecnológico e a capacidade de elaboração de instrumentos jurídicos que deem conta da realidade. Porém, não se pode admitir que o uso das novas tecnologias pelo empregador anule completamente os direitos fundamentais de personalidade do trabalhador. Definir limites ao controle empresarial de modo a compartilhar com o tratamento dos dados dos trabalhadores mostra-se essencial no atual cenário (REIS, B., 2019).

É inegável que o Estado, por meio da sua função legislativa e regulamentar, não acompanha com a celeridade e eficiência necessária o avanço que a tecnologia traz, causando, na maioria das vezes, uma série de lacunas legislativas – anomias – que geram um descompasso entre as realidades e acabam por causar um limbo para a sociedade, repleto de insegurança jurídica (NEPOMUCENO, 2020).

Por óbvio, os inúmeros ramos do direito, em especial o laboral, não estão conseguindo acompanhar a velocidade das modificações dos fatos sociais, culturais, tecnológicos, realidade que inevitavelmente repercute também nas relações de trabalho, como, por exemplo, esta nova modalidade de trabalho denominada teletrabalho em *home office*.

Neste ponto, Nepomuceno (2020, p. 190) destaca:

A discussão é mais complexa, estando centrada na forma atual como está ocorrendo a relação dos aplicativos com os trabalhadores e a inércia normativa que acaba, muitas vezes, ferindo a dignidade do trabalhador por submetê-lo a condições de trabalho que não se amoldam aos direitos humanos e à obrigatoriedade de o trabalho ser decente. É necessário partir da premissa que a preservação de direitos básicos não pode ocorrer a qualquer custo, refrear a inovação tecnológica, bem como o desenvolvimento econômico, da mesma forma que os direitos básicos dos trabalhadores também não podem ser drasticamente reduzidos em nome do avanço tecnológico que cunham novas formas de monetarização das relações.

Para Doneda (2019, p. 49), “nas relações jurídicas mais estritamente ligadas à tecnologia, o grau de indeterminação presente em toda tentativa de regulação pelo direito é sensivelmente alto, o que potencializa situações de risco”.

De qualquer sorte, o simples fato de a legislação não conseguir acompanhar esta engenhosa e rápida mudança não tem o condão de legitimar tratamento diferenciado ou dar margem ao descumprimento dos direitos fundamentais da Carta Magna brasileira, em especial aquelas relativas aos direitos sociais inespecíficos do trabalhador.

Neste particular, independentemente do *nomen iuris* dado acerca da forma de trabalhar, seja na modalidade tradicional ou não, o legislador constituinte estabeleceu uma série de limites para preservar a dignidade da pessoa humana, que também sustenta a qualidade de trabalhador, efetivando-se a diretiva constitucional de valorização do trabalho.

Nessa esteira, Moreira (2010, p. 350) discorre:

[...] as novas tecnologias informáticas e os novos modelos de organização da empresa, baseados em princípios eminentemente produtivos e mercantilizadores e no princípio da coisificação ou reificação do trabalho, como bem escasso e competitivo, ampliam extraordinariamente as diferentes prerrogativas empresariais de direção e reintroduzem o princípio da autoridade no desenvolvimento das relações de trabalho, pelo que a tutela ou proteção dos direitos da pessoa do trabalhador, sobretudo os

relacionados com os direitos de liberdade, privacidade e dignidade, adquirem uma renovada actualidade.

Estes limites estão parametrizados na Constituição Federal, que se concretizam através do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III, CF) e que costura e unifica todo o sistema pátrio de direitos fundamentais, “representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado” (SARMENTO, 2008, p. 85-86).

Uma vez situado no ápice do sistema jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime as estimativas e finalidades a serem alcançadas pelo Estado e pelo conjunto da sociedade civil, irradiando-se na totalidade do direito positivo pátrio, não podendo ser pensado apenas do ponto de vista individual, enquanto posições subjetivas dos cidadãos a serem preservadas diante dos agentes públicos ou particulares, mas também vislumbrado numa perspectiva objetiva, como norma que encerra valores e fins superiores da ordem jurídica, impondo a ingerência ou a abstenção dos órgãos estatais e mesmo de agentes privados (SOARES, 2009, p. 149).

Nesse ponto, Steinmetz (2004, p. 91) destaca:

A constituição apresenta-se como uma estrutura (ordem) normativa básica (fundamental) do Estado e da sociedade. Deixou de ser um exclusivo instrumento de governo (*instrument of government*) para ser também um instrumento de sociedade. Os poderes públicos e os seus agentes não são os únicos sujeitos destinatários de normas constitucionais. CF é um exemplo paradigmático de uma Constituição que pretende incidir sobre os múltiplos âmbitos da vida social. Nela, há princípios jurídicos materiais de múltiplas implicações para as relações sociais – *e.g.*, o princípio da dignidade da pessoa (art.1º, III) e os princípios do trabalho e da livre iniciativa como valores sociais (art.1º,IV) – e há juridicização de objetivos de longo alcance, tais como o de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art.3, I), de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art.3º, III) e de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art.1º, IV). Na CF, além de uma “Constituição política-organizatória, há uma Constituição econômica” (Título VII – Da ordem econômica e financeira) e uma “Constituição social” (Título VIII- Da ordem social). A CF delinea os traços gerais de uma sociedade ideal: livre, justa e solidária (art.3º, I). Por obvio, dada a multiplicidade e a complexidade dos problemas do mundo atual – do mundo globalizado – a realização dessa sociedade ideal não é tarefa exclusiva do Estado. Se for verdadeira a tese de que as relações de poder, estão em todas as relações sociais, então a realização dessa sociedade ideal é uma tarefa de todos – poderes públicos e poderes privados.

Todos os direitos fundamentais, sejam eles específicos ou inespecíficos, elencados na Carta Constitucional visam assegurar o patamar civilizatório mínimo dos direitos sociais do

trabalhador. Tratando-se do fio condutor que deve pautar toda e qualquer relação jurídica trabalhista, independente da espécie ou categoria profissional.

5 CONCLUSÃO

No Brasil, inicialmente tratou-se do teletrabalho com a promulgação da Lei n. 12.551/2011. O legislador brasileiro, na época, teve o objetivo de reunir o serviço efetivado à distância (teletrabalho, *home office* ou *small office*) às circunstâncias do trabalho habitual direto, adotando o elemento da submissão legal, adequado na relação de emprego, na linha que já vinham exaltando a doutrina e a jurisprudência brasileira.

Com o advento da Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017, o teletrabalho foi contemplado com capítulo próprio, regulado pelos artigos 75-A a 75-E.

Os inúmeros dispositivos alterados e incluídos na Lei n. 13.467/2017, em especial sobre o teletrabalho, instituiu mecanismos que revelam a regressão em vários direitos trabalhistas conquistados, inclusive com afronta a inúmeros direitos fundamentais. Com o presente trabalho, procurou-se fazer uma análise crítica acerca de cada artigo sobre teletrabalho.

Infelizmente, constatou-se que o regime de teletrabalho, regulado pela reforma trabalhista, ocasionou um desajuste em toda estrutura normativa constitucional e infraconstitucional de proteção das relações trabalhistas.

A adoção desta modalidade de trabalho diferenciada ganhou relevância no período pandêmico, visto que foi apresentada e incentivada como uma das alternativas para combater o desemprego e preservar as atividades empresariais existentes durante o estado de calamidade pública.

O Executivo Federal editou a Medida Provisória n. 927 de 22/03/2020, onde através de poucos artigos em capítulo próprio, no afã de pretender proteger as relações de emprego, acabou por flexibilizar, em demasia, normas e institutos trabalhistas, colocando à margem a eficácia de direitos e garantias fundamentais

Com a edição de nova Medida Provisória n. 1046 de 27/04/2021, que potencialmente poderia corrigir e retificar uma série de imperfeições contidas no ato normativo precário anterior, ao revés, acentuou a desproteção do trabalhador.

Isso assentado, esta pesquisa tratou acerca do conceito de teletrabalho, diante da falta de unanimidade doutrinária nacional e estrangeira sobre a definição do tema, além da constante evolução das novas tecnologias que acabam modificando este modelo de trabalho ao longo do tempo.

As diversas espécies de teletrabalho possuem como características em comum critérios relacionados à localização, organização e tecnologia de informação e comunicação. Nesta oportunidade, buscou-se destacar cada uma delas, inclusive trazendo-se alguns exemplos.

Procurou-se, outrossim, abordar as principais obrigações do teletrabalho, tanto para o empregado quanto para o empregador, primeiro em relação às obrigações primárias presentes em toda e qualquer relação de emprego, depois quanto às obrigações específicas deste tipo de regime de trabalho. Defendeu-se que as obrigações contratuais a serem ajustadas em matéria de teletrabalho em *home office*, deverão estar sempre pautadas na boa-fé e em consonância com os dispositivos constitucionais fundamentais, por estarem no ápice da pirâmide normativa.

Depois, procurou-se expor as vantagens e desvantagens do regime de trabalho, sob a perspectiva do empregador e do trabalhador, cujo rol apresentado foi exemplificativo, devendo ser avaliado e ponderado sob diversos aspectos que vão desde questões pessoais a questões profissionais.

Examinou-se, ainda, a origem do trabalho em *home office* ou a domicílio e sua diferenciação do teletrabalho em *home office* discorrendo sobre seu conceito e relevância nos tempos atuais, em decorrência das profundas mudanças das relações sociais, culturais e tecnológicas nos últimos anos.

A exemplo do que ocorreu com as relações de trabalho, que sofreram profundas modificações ao longo da história, o mesmo ocorreu com o direito fundamental à privacidade, que inicialmente tratava-se do direito de estar só, chegando aos dias atuais, ligado ao direito de a pessoa manter o controle sobre as próprias informações, também chamado autodeterminação informativa.

Nesta modalidade de trabalho, mediada por instrumentos tecnológicos, o empregador tem utilizado tecnologias disciplinadoras para os mais variados usos e objetivos, através de aplicativos ou *softwares*. Esses *softwares*, são chamados de *bosswares* que visam precipuamente registrar todas as ações dos trabalhadores, através do computador ou smartphone.

As empresas que oferecem estas tecnologias disciplinadoras permitem que este monitoramento à distância possa ocorrer de maneira visível ou invisível ao trabalhador, configurando-se na modalidade invisível uma invasão à privacidade do trabalhador.

O debate acerca dos limites do poder diretivo patronal como forma de manter e garantir os direitos à intimidade e privacidade do trabalhador migrou do ambiente empresarial para o ambiente doméstico, onde o teletrabalhador em *home office* desempenha no mesmo espaço físico doméstico suas atividades laborativas de maneira virtual, com o mesmo local onde ocorre interação pessoal e social.

Sob esta perspectiva, não é tarefa fácil harmonizar duas realidades totalmente distintas e naturalmente colidentes. Com efeito, destaca-se o risco e a maior potencialidade, por parte do

empregador, em atingir a intimidade e a vida privada do teletrabalhador em *home office*, no exercício do seu poder diretivo empresarial. Entendeu-se salutar, como primeira medida necessária para minimizar esse risco a prévia fixação da jornada de trabalho, especialmente tratando-se de teletrabalho em *home office*.

A efetividade dos direitos relacionados à privacidade do trabalhador converte-se num ponto delicado e frágil, até por conta da subordinação e desequilíbrio das forças na relação de emprego. Mesmo assim, este direito fundamental à privacidade do trabalhador é inseparável da sua pessoa, podendo e devendo ser exercido ou reclamado em qualquer momento ou ocasião.

Portanto, e respondendo ao problema de pesquisa, aqui e nas linhas que seguem, toda e qualquer atividade empresarial pode utilizar-se de novas tecnologias para o desenvolvimento e crescimento de sua atividade econômica, contudo, sua utilização não pode ocorrer de maneira indiscriminada, desmedida e desproporcional. Há necessidade de se estabelecer, de maneira prévia, limites a conduta do empregador, com a fixação de parâmetros claros, dos quais o empregado deve ter pleno conhecimento no momento de sua contratação ou, ao menos, no momento da implantação das referidas tecnologias disciplinadoras.

Os mecanismos de controle, através das ferramentas tecnológicas, devem ficar restritos à prestação do trabalho, sob pena de exorbitar o poder de direção empresarial, colocando em risco a privacidade do teletrabalhador em *home office*.

Qualquer restrição aos direitos fundamentais inespecíficos do teletrabalhador somente é admissível em situações excepcionais, desde que imprescindível ao desenvolvimento da atividade empresarial, devendo ser justificada e pautada pela razoabilidade e ponderação do caso em concreto, até mesmo porque o direito fundamental a privacidade constitui-se em um direito de primeira dimensão.

Quanto aos limites, para o empregador o instrumento de controle, através das ferramentas tecnológicas, deve ser aquele menos hostil e invasivo para não afetar a intimidade e vida privada do teletrabalhador *home office*.

No tocante ao recolhimento de dados e informações do trabalhador durante a relação de emprego, a mesma somente poderá ocorrer quando deixar claro para qual objetivo e respectiva destinação, desde que haja prévio consentimento do laborador.

A revogação de consentimento por parte do trabalhador poderá ocorrer a qualquer momento durante a relação de emprego, não devendo se sujeitar a qualquer tipo de represália, como, por exemplo, uma ruptura contratual por este motivo. Os dados e informações que podem ser recolhidos pelo empregador, devem ficar adstritos e guardar intrínseca relação com a

atividade laborativa, jamais dizer respeito à intimidade e vida privada do teletrabalhador em *home office*.

Não se demonstra tolerável ou justificável, qualquer coleta de dado e informações de maneira oculta, ou seja, sem prévio conhecimento e consentimento do teletrabalhador. O armazenamento de dados e informações por parte do empregador não poderá ocorrer de maneira indefinida, devendo ser fixado previamente prazo de duração, especialmente na hipótese de rescisão contratual. O empregador jamais poderá ceder ou dispor para terceiros os dados e informações obtidos do trabalhador, por força da relação de emprego, sob pena de quebra da fidúcia.

O empregador, tratando-se de teletrabalho em *home office*, deverá respeitar os direitos fundamentais sociais trabalhistas relativo à limitação da jornada de trabalho (art. 7º, XIII e XIV), ao repouso semanal remunerado (art. 7º, XV) e ao gozo de férias anuais remunerada (art. 7º, XVII), entre tantos elencados na Constituição Federal, pois esta modalidade de trabalho traz enraizada a dificuldade em estabelecer os limites de “hora de trabalho” e “hora de descanso ou lazer”, em decorrência da sua flexibilidade, aliada ao fato destes instrumentos de controle de maneira nenhuma fazerem qualquer distinção de tempo ou espaço.

Inegável, também que o ordenamento jurídico não possui a mesma velocidade e capacidade evolutiva em acompanhar o avanço tecnológico e as inúmeras situações ou circunstâncias criadas na sociedade contemporânea, trazendo situações de risco.

De qualquer sorte, o legislador constituinte estabeleceu uma série de limites mínimos para preservar a dignidade da pessoa humana, buscando dar efetividade aos direitos fundamentais, para a valorização do trabalho.

Por todo o exposto, o avanço tecnológico e as novas formas de trabalhar na contemporaneidade, em especial o teletrabalho em *home office*, demonstram um caminho sem volta, devendo pautar estas relações jurídicas por limites em respeito à privacidade do trabalhador, vinculados à intimidade e à vida privada, além dos direitos fundamentais eleitos pela Constituição Federal, os quais consagram o princípio da dignidade da pessoa humana e exprimem as finalidades a serem alcançadas por toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMADA, Pablo; HILÁRIO, Gloriete Marques Alves. Precarização e Teletrabalho: sobre a morfologia do trabalho virtual. *In*: STOLZ, Sheila; MARQUES, Carlos Alexandre Michaello (Org.). **Teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2017. p. 79-86.

ALMEIDA, Almiro Eduardo; KROST, Oscar. A Lei Geral de Proteção de Dados e a (Ausência de) Proteção aos Trabalhadores, ou dito pelo não dito. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região**, Florianópolis, v. 23, n. 33, p. 39-56, 2021.

ALMEIDA, Lucilde D'Ajuda Lyra de. Trabalho em domicílio: histórico e perspectivas - o teletrabalho. **Revista do TST**, Brasília, v. 71, n. 2, p. 63-93, maio/ago. 2005.

ALVES, Ricardo de Paula. Vida pessoal do empregado, liberdade de expressão e direitos fundamentais do trabalhador. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JUNIOR, Antonio (Coord.). **Direito à privacidade**. São Paulo: Ideias e Letras, 2005. p. 367-390.

ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1983.

ARANDA, Javier Thibault. **El teletrabajo**: análisis jurídico-laboral. Madrid: Consejo Económico y Social, 2001.

ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.

ARAÚJO, Nilson Feliciano de. Direito fundamental ao trabalho digno: o princípio da proteção e as funções informativa, normativa e interpretativa dos princípios. *In*: SCHWARZ, Rodrigo Garcia; PETRI, Marcia Coser; ARAÚJO, Nilson Feliciano de. **Direito fundamental ao trabalho digno**: Tomo II. Joaçaba: Unoesc, 2017, p. 11-38.

BALERA, Wagner. A dignidade da pessoa e o mínimo existencial. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 1341-1360.

BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. **Direito previdenciário**. São Paulo: Método, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BEZERRA, Leandro Henrique Costa. Precariedade no Teletrabalho: gestão de adoecimento. **Revista dos Estudantes UNB**, Brasília, n. 15, p. 119-129, 2019. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/22380/20389>. Acesso em: 31 maio 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRAMANTE, Ivani Contini. Teletrabalho: teledireção, telessubordinação e teledisposição. **Revista LTr Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 76, n. 4, p. 391-412, abr. 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei n. 3.129, de 2004**. Altera o art.6º da Consolidação das Leis do Trabalho e dá outras providências. Brasília, 2004. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=155964>. Acesso em: 03 jun. 2022.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 399, de 30 de abril de 1938**. Aprova o regulamento para execução da Lei n. 185, de 14 de janeiro de 1936, que institui as Comissões de Salário Mínimo. Brasília, 30 abr. 1938. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-399-30-abril-1938-348733-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 03 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1 maio 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 31 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 17 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.551, de 15 de dezembro de 2011**. Altera o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112551.htm. Acesso em: 03 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, 13 jul. 2017 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm. Acesso em: 31 maio 2022.

BRASIL. **Medida Provisória n. 1.046, de 27 de abril de 2021.** Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19). Brasília, 27 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1046.htm. Acesso em: 31 maio 2022.

BRASIL. **Medida Provisória n. 927, de 22 de março de 2020.** Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Brasília, 22 mar. 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm. Acesso em: 31 maio 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Pesquisa de Jurisprudência.** Recurso de Revista N. 144800-55.2010.5.23.0051, 5ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, Julgado em: 08 maio 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/90129309c8e2446718663223354bcb39>. Acesso em: 03 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Pesquisa de Jurisprudência.** Recurso de Revista n. RR2249-12.2017.5.07.0032. Terceira Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, Brasília, Julgado em: 06 set. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/fc1a14feb8b305d08f7b9abdd0aff21>. Acesso em: 03 jun. 2022.

CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho.** 2ª ed. São Paulo: Síntese, 1999.

CARLOTTO, Mary Sandra; CÂMARA, Sheila Gonçalves. O tecnoestresse em trabalhadores que atuam com tecnologia de informação e comunicação. **Psicologia, Ciência e Profissão**, [s.l.], v. 30, n. 2, p. 308-317, 2010.

CARNEIRO, Rosane Machado. Os direitos fundamentais de personalidade frente ao poder diretivo do empregador. *In*: SCHWARZ, Rodrigo Garcia; PICCOLI, Anna Leticia; CARNEIRO, Rosane Machado (Org.). **Direito fundamental ao trabalho digno: Tomo III.** Joaçaba: Unoesc, 2018. p. 11-32.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Resumo de direito do trabalho.** 6. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. A tecnológica, o teletrabalho e a reforma trabalhista. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 8, n. 75, p. 112-124, fev. 2019.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. Teletrabalho: aspectos econômicos e jurídicos. *In*: STOLZ, Sheila; MARQUES, Carlos Alexandre Michaello (Org.). **Teletrabalho.** São Paulo: LTr, 2017. p. 33-35.

CERVILLA GARZÓN, Maria José; JOVER RAMÍREZ, Carmen. Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales. **Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo**, [s.l.], v. 3, n. 4, p. 1-29, out./dez. 2015.

CHAPARRO, Francisco Ortiz. **El Teletrabajo**: una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología. España: McGraw-hill, 1996.

CHIESA, Clélio. **Medidas Provisórias**: Regime Jurídico Constitucional. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas Provisórias**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COLUMBU, Francesca; MASSONI Tulio de Oliveira. Tempo de Trabalho e Teletrabalho. *In*: STOLZ, Sheila; MARQUES, Carlos Alexandre Michaello (Org.). **Teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2017. p. 21-32.

CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. **Manual da Reforma Trabalhista: Lei 13.467/2017 o que mudou?**. Salvador: Juspodivm, 2018.

CYPHERS, Bennet; GULLO, Karen. Inside the Invasive, Secretive “Bossware” Tracking Workers. **Blog Electronic Frontier Foundation**, [s.l.], 30 jun. 2020. Disponível em: <https://www.eff.org/deeplinks/2020/06/inside-invasive-secretive-bossware-tracking-workers>. Acesso em: 02 ago. 2022.

DACHERI, Emanuelli. Direito à privacidade do trabalhador. *In*: GOLDSCHMIDT, Rodrigo (Org.). **Direitos da personalidade do trabalhador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 117-135.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

DIAZ, Viviana Laura, Teletrabajo: una nueva modalidade organizacional. **Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo**, [s.l.], v. 1, n. 3, p. 3-18, jul./set. 2013.

DINARTE, Priscila Valduga. OLIVEIRA, Gislaine Ferreira. Teletrabalho e Pessoas com Deficiência de informação e comunicação como promotor de Dignidade e Inclusão. *In*: STOLZ, Sheila; MARQUES, Carlos Alexandre Michaello (Org.). **Teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2017. p. 187-199.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2019.

DUTRA, Joel Souza. **Administração de Carreiras**: uma proposta para repensar a administração de pessoas. São Paulo: Atlas, 1996.

ESTEVEES, Juliana Teixeira; COSENTINO FILHO, Carlo. O teletrabalho na lei 13.467/17 (reforma trabalhista): uma regulamentação em desacordo com as evidências empíricas. **Revista eletrônica Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 8, n. 75, p. 28-57, fev. 2019.

ESTRADA, Manuel Martín Pino. **Teletrabalho & Direito: o trabalho à distância e sua análise jurídica em face aos avanços tecnológicos**. Curitiba: Juruá, 2014.

ESTRADA, Manuel Pino. **Breve Panorama dos mundos virtuais e do teletrabalho nos tribunais brasileiros**. São Paulo: Síntese, 2012.

FANTINI, Alberto. Teletrabajo, una beneficiosa realidad. **Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo**, [s.l.], v. 1, n. 1, jan./mar. 2013.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

FINCATO, Denise. A regulamentação do teletrabalho no Brasil: indicações para uma contratação minimamente segura. **RJLB**, [s.l.], ano 2, n. 2, p. 365-396, 2016.

FINCATO, Denise. Teletrabalho na reforma trabalhista brasileira. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 8, n. 75, p. 58-72, fev. 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GALVÃO, Andréia; KREIN, José Dari; BIAVASCHI, Magda Barros; TEIXEIRA, Marilane Oliveira. **Contribuição Crítica à Reforma Trabalhista**. Dossiê GT Reforma Trabalhista do CESIT/IE/UNICAMP. Campinas, 2017.

GAURIAU, Rosane. Teletrabalho em Tempos de Pandemia da Covid-19. Experiência Luso-Brasileira Estudo Comparado. **Revista do TST**, São Paulo, v. 86, n. 3, p. 21-39, jul./set. 2020.

GEBHART, Gennie; GALPERIN, Eva; OPSAHL, Kurt. Fighting Disciplinary Technologies. **Blog Electronic Frontier Foundation**, [s.l.], 20 maio. 2021. Disponível em: <https://www.eff.org/deeplinks/2021/05/fighting-disciplinary-technologies>. Acesso em: 02 ago. 2022.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Dignidade da pessoa humana. *In*: SIDEKUM, Antonio; WOLKMER, Antonio Carlos; RADAELLI, Samuel Manica (Org.). **Enciclopédia latino-americana dos direitos humanos**. Blumenau: Edifurb, 2016. p. 171-179.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Direito da personalidade do trabalhador: aproximações conceituais e tentativa de conformação de um microssistema trabalhista. *In*: GOLDSCHMIDT, Rodrigo (Org.). **Direitos da personalidade do trabalhador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 1-36.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo; ANDREOLA, Lilian Simone. O assédio moral virtual no meio ambiente de trabalho: assédio moral eletrônico e teleassédio. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região**, Florianópolis, v. 18, n. 27, p. 121-141, 2015.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo; GRAMINHO, Vivian Maria Caxambu. **Desconexão**: um direito fundamental do trabalhador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo; VIEIRA, Max Antônio Silva. Uso, pelo empregador, em tempos de pandemia da Covid-19, da imagem e redes sociais do empregado: uma perspectiva do direito fundamental à imagem do trabalhador. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região**, Florianópolis, v. 23, n. 32, p. 359-378, 2020.

GOMES, Maira Neiva. Funk, rolezinhos e sindicalismo: como os movimentos de juventude podem auxiliar o movimento sindical a readquirir legitimidade no século XXI. *In*: STOLZ, Sheila; MARQUES, Carlos Alexandre Michaello (Org.). **Teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2017. p. 171-182.

GONÇALVES, Gabriela Menezes *et al.* Evolução da legislação trabalhista para o teletrabalho. **Revista Científica Integrada**, [s.l.], v. 3, n. 4, p. 1-13, 2018.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 305-314.

GUERRA, Amadeu. **A privacidade no local de trabalho**. Coimbra: Almedina, 2004.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JEFFERY, Mark. Derecho del trabajo en la sociedad de la información. *In*: POCH, Miquel Peguera *et al.* (Coord.). **Derecho y nuevas tecnologías**. Barcelona: UOC, 2005. p. 191-230.

KITANISHI, Bruna Oliveira Sousa. As faces do teletrabalho e uma análise do controle de jornada à luz da Lei n. 13.467/2017. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 54, p. 283-300, jan./jun. 2019.

KROST, Oscar. Proibição de distinção entre trabalhos manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos, reforma trabalhista e “teletrabalho”: diferenciando igual para reduzir direitos. *In*: ARAUJO, Adriane Reis de; D’AMBROSO, Marcelo José Ferlin. (Coord.). **Democracia e Neoliberalismo**: o legado da Constituição de 1988 em tempos de crise. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 530-557.

LEAL, Rogerio Gesta; RIBEIRO, Daniela Menengoti. A titularidade do Direito ao desenvolvimento e sua afirmação como Direitos Humanos fundamentais. **Prisma Jur.**, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 141-166, jan./jun. 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15 Região**, Campinas, n. 23, p. 01-21, jun./dez. 2003.

MARANHÃO, Délio. **Curso de direito individual do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1995.

MARANHÃO, Ney. Poluição labor-ambiental (poluição do meio ambiente laboral ou poluição ambiental trabalhista). *In*: MENDES, René. **Dicionário de saúde e segurança do trabalhador**. Novo Hamburgo: Proteção, 2018.

MARANHÃO, Ney; SAVINO, Thiago Amaral Costa. Tecnologia e disrupção: o mundo do trabalho no contexto da quarta revolução industrial. *In*: LEAL, Carla Reita Faria; MARANHÃO, Ney; PADILHA, Norma Sueli (Org.). **Sociedade, Tecnologia e meio ambiente do trabalho**: discussões contemporâneas. Cuiabá: EDUFMT, 2021. p. 15-52.

MARANHÃO, Ney; SAVINO, Thiago Amaral Costa. Tecnologia e Disrupção: o mundo do trabalho no contexto da quarta revolução industrial. *In*: LEAL, Carla Reita Faria; MARANHÃO, Ney; PADILHA, Norma Sueli (Org.). **Sociedade, tecnologia e meio ambiente do trabalho**: discussões contemporâneas. Cuiabá: EduFMT, 2021. p. 15-52.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MARTINS, Adalberto; AMARAL, Felipe Marinho. O direito à desconexão no Teletrabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 202, ano 45, p. 201-221, jun. 2019.

MARTINS, Sérgio Silveira; VERIANO, Carlos Evangelista. A remuneração flexível como componente da gestão de salários. **Rev. Adm. Empres.**, [s.l.], v. 44, n. esp., dez. 2004.

MASI, Domenico de. **O ócio criativo**: entrevista a Maria Serena Palieri. Rio de Janeiro: Sextante, 2012.

MASSI, Alfredo. Teletrabalho: análise sob a óptica da saúde e da segurança do teletrabalhador. *In*: STOLZ, Sheila; MARQUES, Carlos Alexandre Michaello (Org.). **Teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2017. p. 87-106.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Perfil constitucional das medidas provisórias. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 23, n. 95, p. 28–32, jul./set., 1990.

MELO, Sandro Nahmias. Teletrabalho, controle de jornada e direito à desconexão. **Revista eletrônica Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 8, n. 75, p. 73-83, fev. 2019.

MESSENGER, Jon; LLAVE, Oscar Vargas; GSCHWIND, Lutz; BOEHMER, Simon; VERMEYLEN, Greet; WILKENS, Mathijn. **Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar**: consecuencias en el ámbito laboral. Luxemburgo: Eurofound y Organización Internacional del Trabajo, 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Consulta Jurisprudência**. Processo n. 0000804-21.2014.5.03.0146 RO, Órgão Julgador: Sétima Turma. Relator: Fernando Luiz G. Rios Neto. Julgado em: 18 ago. 2015. Disponível em: <https://consulta.trt3.jus.br/redireciona.htm?pIdAcordao=1183552&acesso=456d41015e0834c3c04314dc0ae5f5f4>. Acesso em: 03 jun. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Consulta Jurisprudência**. Processo n. 0000852-23.2012.5.03.0025 RO. Órgão Julgador: Primeira Turma; Relator: Luiz Otavio Linhares Renault. Data de Publicação: 11/07/2014. Disponível em: <https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=2093>. Acesso em: 03 jun. 2022.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 167-176.

MODENA, Cesar Augusto. **Medida Provisória e Lei de Conversão**: horizonte estreito de aplicação em matéria tributária e ambiental. Caxias do Sul: EducS, 2011.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Trabalho a domicílio e contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 1994.

MORAES, Maria Celia Bodin. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador. Coimbra: Almedina, 2010.

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. Algumas questões sobre o direito à desconexão dos trabalhadores. **Minerva Revista De Estudos Laborais**, Lisboa, v. 9, n. 2, p. 129-166, 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Novas formas de contratação laboral: obsolência do Direito do Trabalho? **Anais [...]**. I Congresso Internacional de Direito do Trabalho do Paraná, Curitiba, 1991.

NEPOMUCENO, Thiago Leão. A era digital e as relações de trabalho: desafios para uma coexistência constitucional harmônica. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região**, Florianópolis, v. 23, n. 32, p. 177-200, jun. 2020.

NUNES, Talita Camila Gonçalves. **A precarização no teletrabalho**: escravidão tecnológica e impactos na saúde física e mental do trabalhador. Belo Horizonte: RTM, 2018.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. OIT: Cerca de 23 milhões de pessoas fizeram teletrabalho na América Latina e no Caribe. **Portal de Notícias OIT**, [s.l.], 6 jul. 2021. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_811315/lang--pt/index.htm. Acesso em: 11 maio 2022.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Segurança e Saúde no centro do Futuro do Trabalho**: Tirando Partido de 100 anos de experiência. 1ª ed. 2019. Genebra: Bureau Internacional do Trabalho, 2019.

OLIVEIRA, Eutálio José Porto. O Estado, a ordem econômica e a dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: Assembleia Geral das Nações Unidas, 10 dez. 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 03 jun. 2022.

PASOLD, Andrea M. L.; KROST, Oscar. **Medida Provisória 927/2020 – Primeiras Linhas**. Associação dos Magistrados do Trabalho da 12 Região, [s.l.], p. 01-29, abr. 2020.

PEGO, Rafael Foresti. Trabalho remoto e o panóptico. **Revista LTr**, São Paulo, v. 83, n. 6, p. 678-685, jun. 2019.

PORTO, Noemia. A garantia fundamental da limitação da jornada: entre a constituição e o art. 62 da CLT. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 75, n. 72, p. 68-84, abr./jun. 2009.

PRUNES, José Luiz Ferreira. **Contrato de trabalho doméstico e trabalho a domicílio**. Curitiba: Juruá, 1995.

REBELO, Glória. **Teletrabalho e Privacidade**: contributos e desafios para o direito do trabalho. Lisboa: RH, 2004.

REBUÁ, Orestes. A pandemia de Covid-19 e seus impactos nas relações de emprego. **Jornal A Cidade On**, Campinas, 29 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3yw2jCN>. Acesso em: 11 maio 2022.

REIS, Beatriz de Felipe. A proteção dos dados pessoais dos trabalhadores na defesa dos direitos fundamentais de personalidade: os riscos e desafios à luz da nova LGPD. In: GOLDSCHMIDT, Rodrigo (Org.). **Direitos da personalidade do trabalhador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 137-154.

REIS, Suzéte da Silva. As repercussões da pandemia do coronavírus no mundo do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região**, Florianópolis, v. 23, n. 32, p. 397, jun. 2020.

REIS, Suzéte da Silva. O direito à honra do trabalhador. *In*: GOLDSCHMIDT, Rodrigo (Org.). **Direitos da personalidade do trabalhador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 155-170.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara. Eficácia horizontal fundamentais nas relações de emprego: alguma verdade. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 204-230, out./dez. 2011.

RENCK, Beatriz. Algumas considerações sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. **Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região**, Porto Alegre, v. 2, n. 5, p. 16-21, 2010.

RESEDÁ, Salomão. O direito à desconexão: uma realidade no teletrabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 33, n. 126, p. 157-175, abr./jun. 2007.

ROCHA, Cláudio Jannotti da; MUNIZ, Mirella Karen de Carvalho Bifano. O teletrabalho à luz do art.6º da CLT: o acompanhamento do direito do trabalho às mudanças do mundo. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 57, n. 87/88, p. 101-115, jan./dez. 2013.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

SAKO, Emília Simeão Albino. Teletrabalho telessubordinado, dependente e por conta alheia: reengenharia dos requisitos da relação empregatícia. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 78, n. 3, p. 17-36, jul./set. 2012.

SANTOS, Michel Carlos Rocha. O Teletrabalho nos tempos da Covid-19 (Coronavírus): ensaio sobre a importância e necessidade de proteção aos trabalhadores. **Revista do TST**, São Paulo, v. 86, n. 2, abr./jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**, São Paulo: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista do TST**, Brasília, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Apresentação. *In*: SCHWARZ, Rodrigo Garcia; PETRI, Marcia Coser; ARAÚJO, Nilson Feliciano de. **Direito fundamental ao trabalho digno**: Tomo II. Joaçaba: Unoesc, 2017. p. 5-10.

SEIXAS, Fernanda Caribé. Teletrabalho: conceito, aspectos jurídicos e proposições. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho**, Florianópolis, ano VI, n. 8, p. 141-156, jan. 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **CLT comentada**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SILVEIRA, Daniel. Home office bateu recorde no Brasil em 2018, diz IBGE. **Portal G1**, São Paulo, 18 dez. 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2019/12/18/home_office-bateu-recorde-no-brasil-em-2018-diz-ibge.ghtml. Acesso em: 03 jun. 2022.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade. O direito no século XXI é tolerância, bom senso e cidadania. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 251-276.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2009.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STOLZ, Sheila; FORTEZA, Jesús Lahera. Igualdade de tratamento e não discriminação por razão de gênero e a nova legislação espanhola sobre teletrabalho. *In*: STOLZ, Sheila; MARQUES, Carlos Alexandre Michaello (Org.). **Teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2017. p. 135-154.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. O teletrabalho na perspectiva da reforma trabalhista brasileira e do direito comparado. **Revista eletrônica Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 8, n. 75, p. 15-27, fev. 2019.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Das normas fundamentais do Processo Civil - arts. 1º a 12. *In*: TUCCI, José Rogério Cruz e; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. **Código de Processo Civil Anotado**. Curitiba: OAB Paraná, 2015.

TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; NUNES, Denise Silva. O teletrabalho sob o enfoque da sustentabilidade multidimensional. *In*: STOLZ, Sheila; MARQUES, Carlos Alexandre Michaello (Org.). **Teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2017. p. 69-78.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 77, n. 3, p. 111-135, jul./set. 2011.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. **A eficácia dos direitos humanos fundamentais de primeira dimensão no contrato de trabalho**: possibilidades de concretização. 2006. 241f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006.

VINCENT, James. Amazon delivery drivers have to consent to AI surveillance in their vans or lose their jobs. **Blog The Verge**, [s.l.], 24 mar. 2021. Disponível em: <https://www.theverge.com/2021/3/24/22347945/amazon-delivery-drivers-ai-surveillance-cameras-vans-consent-form>. Acesso em: 02 ago. 2022.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos” direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Os "novos" direitos no Brasil**: natureza e perspectivas uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 17-50.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos” direitos. **Revista Jurídica UNICURITIBA**, Curitiba, v. 2, n. 31, p. 121-148, 2013.

ZWICKER, Igor de Oliveira. Teletrabalho, fiscalização do meio ambiente de trabalho e inviolabilidade de domicílio: no confronto entre o direito à propriedade, à intimidade e à vida privada versus a própria vida e a existência digna da pessoa humana, qual direito prevalece? **Anais [...]**. 59º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, LTr, p. 25-34, 2019.