

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

LEONARDO JOSÉ VIÉGAS

REGIME JURÍDICO DO PROFISSIONAL DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO:
Sugestão normativa para tutela da jornada laboral na prestação de serviço noturno

RECIFE
2018

LEONARDO JOSÉ VIÉGAS

REGIME JURÍDICO DO PROFISSIONAL DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO:
Sugestão normativa para tutela da jornada laboral na prestação de serviço noturno

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Msc. Fábio Menezes de Sá Filho.

Co-orientador: Prof. Dr. Ricardo José de Souza Silva

RECIFE
2018

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB-4/2116

Viégas, Leonardo José.
V656r Regime jurídico do profissional de tecnologia da informação:
sugestão normativa para tutela da jornada laboral na prestação serviço
noturno / Leonardo José Viégas. - Recife, 2018.
54 f.

Orientador: Prof. Ms. Fábio Menezes de Sá Filho.
Coorientador: Prof. Dr. Ricardo José de Souza Silva
Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) – Faculdade
Damas da Instrução Cristã, 2018.
Inclui bibliografia

1. Direito do trabalho. 2. Reforma trabalhista. 3. Adicional noturno.
4. Teletrabalho. I. Sá Filho, Fábio Menezes de. II. Silva, Ricardo José de
Souza. III. Faculdade Damas da Instrução Cristã. IV. Título

349.2 CDU (22. ed.)

FADIC (2019-194)

FACULDADE DAMAS DE INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

LEONARDO JOSÉ VIÉGAS

REGIME JURÍDICO DO PROFISSIONAL DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO:
Sugestão normativa para tutela da jornada laboral na prestação de serviço noturno

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Examinador(a):

Examinador(a):

Dedico esse trabalho de conclusão de curso à minha família, em especial à minha esposa e à minha mãe, que sempre me apoiaram, me incentivaram e me ajudaram nas dificuldades dessa caminhada. Nunca descreditaram nos meus objetivos. Ainda, ao meu amigo pessoal, professor e, agora, orientador Fábio Menezes, grande responsável, também, por esta conquista, pois ensinou, orientou e me ajudou a ultrapassar esta etapa.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me proporcionar a chance de conseguir concluir essa segunda graduação, desta vez na área de Humanas, em um curso tão difícil e extenso, que necessitou da minha mais intensa dedicação para conseguir concluí-lo.

Aos meus colegas de curso, em especial os mais próximos, Rebeca, Débora, Filipe e Evaldo, responsáveis por tornar o curso mais leve, agradável e, sem medo de errar, mais fácil, desde o primeiro dia de aula até o último.

Aos meus amigos Gonzalo, Carlos Arthur e Manú Asfora, por acompanharem e motivarem essa trajetória.

À minha irmã e ao meu pai, que sempre acreditaram em mim, estiveram ao meu lado e me apoiaram nas minhas decisões.

À minha esposa, Carla, que me escolheu para ser seu companheiro de vida, por ser paciente, me apoiar e incentivar em todos os momentos de tensão e dificuldades deste curso, sempre disponível para ajudar, escutar e oferecer momentos de carinho e atenção, quando foi preciso.

À grande responsável por tornar possível esse feito, minha mãe, uma guerreira que, com muito esforço, prossegue fazendo o que mais gosta, lecionando nesta instituição, motivo pelo qual obtive uma bolsa integral durante todo o curso. Sem esse esforço, na companhia diária durante o trajeto à faculdade, nas conversas, nas risadas, nos relatos sobre como foi o dia de cada um, seria impossível atingir esse objetivo.

A essa respeitosa instituição e todo seu corpo docente pela excelência e didática.

A coordenadora do curso professora Dr^a Renata Celeste pela disposição, orientação, auxílio, paciência e disponibilidade sempre que foi necessário.

Ao professor e co-orientador Ricardo José de Souza Silva, pela informações repassadas, orientações e aulas, sempre com paciência, didática e bom humor.

Ao meu amigo de longa data, agora professor, Fábio Menezes, um profissional com dedicação ímpar que tive a felicidade de ter como orientador neste trabalho, com seu conhecimento, experiência, organização, incentivo e paciência para conseguir explicar de forma clara, tudo para que eu conseguisse concluir este trabalho.

RESUMO

A presente pesquisa fundamenta-se, diante da ausência de uma legislação específica que tutele a matéria, na criação de um regime jurídico para a contratação de profissionais de Tecnologia da Informação (TI). Com base nessa proposta, empregados e empregadores poderiam utilizar estas informações para orientação e formulação de contratos de trabalho com direitos e deveres para ambas as partes, incluindo o aspecto da jornada noturna destes profissionais, em especial para aqueles que não se encontram em regime de teletrabalho, tornando claros os papéis de cada um na relação. A criação de um regime pode servir como referência para a contratação dos profissionais de TI por empresas deste segmento, tornando possível fornecer melhores condições para estes profissionais, inclusive àqueles que desempenham suas funções no trabalho noturno, atendendo às suas necessidades, incrementando a sua produtividade. Por sua vez, os empregadores terão direito a cobrar destes profissionais os deveres trazidos no respectivo regime jurídico, dentre eles, o comprometimento e a responsabilidade para com seu labor. Ademais, o presente trabalho analisa quais são as modalidades para a contratação dos profissionais que prestem serviço noturno na área de TI para sugerir um regime jurídico que sirva como referência para os futuros contratos. São abordados os requisitos e as características do vínculo dos contratos de trabalho autônomo e celetista, inclusive no caso do labor intermitente. Também é discutida a jornada de trabalho, o adicional noturno e o de horas extras, a contraprestação fixa mensal do profissional de TI e aspectos relativos à reforma trabalhista. Por fim, são apresentadas sugestões normativas, tendo como base tutelar disciplinamentos especiais de modo a estruturar e viabilizar o labor noturno do profissional de TI, observando-se material utilizado ao longo da elaboração desta pesquisa, obedecendo aos pressupostos da reforma trabalhista.

Palavras-chave: TI. Reforma trabalhista. Adicional noturno. Teletrabalho.

ABSTRACT

The present research is based on the absence of specific legislation that tutor you the matter, in the creation of a legal regime for the hiring of information technology (IT) professionals. On the basis of this proposal, employees and employers could use this information for guidance and formulation of employment contracts with rights and duties for both parties, including the aspect of the night journey of these professionals, in particular for those who are not on a teleworking regime, making clear the roles of each in the relationship. The creation of a regime can serve as a reference for the hiring of IT professionals by companies in this segment, making it possible to provide better conditions for these professionals, including those who perform their functions at night work, meeting your needs, increasing your productivity. In turn, employers will have the right to collect from these professionals the duties brought in their legal regime, among them, the commitment and responsibility for their labor. Furthermore, this paper analyzes the modalities for hiring professionals who provide night service in the IT area to suggest a legal regime that serves as a reference for future contracts. The requirements and characteristics of the bond of autonomous and celetist employment contracts are addressed, including in the case of intermittent labor. It is also discussed the working hours, the extra night and overtime, the fixed monthly consideration of the IT professional and aspects related to labor reform. Finally, normative suggestions are presented, based on the supervision of special disciplines in order to structure and make feasible the night work of the IT professional, observing the material used during the elaboration of this research, obeying the assumptions of the labor reform.

Keywords: IT. Labor reform, Night work, Teleworking.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC	Código Civil
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CTP	Código do Trabalho de Portugal
EUA	Estados Unidos da América
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
PE	Pernambuco
PL	Projeto de Lei
MPv	Medida Provisória
PPRA	Programa de Prevenção de Riscos Ambientais
STF	Supremo Tribunal Federal
TI	Tecnologia da Informação
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	CONTRATO DE TRABALHO DO PROFISSIONAL DE TI.....	12
2.1	O contrato do profissional autônomo	15
2.2	O contrato do profissional celetista	16
3	ASPECTOS NORMATIVOS RELACIONADOS À JORNADA E REMUNERAÇÃO PELO SERVIÇO NOTURNO DO PROFISSIONAL DE TI.....	24
3.1	A jornada ordinária noturna.....	26
3.2	A jornada extraordinária noturna.....	28
3.3	A remuneração pelo serviço noturno	30
3.4	Teletrabalho	32
4	SUGESTÃO DE REGIME JURÍDICO DO LABOR NOTURNO DO PROFISSIONAL DE TI	40
4.1	Criação de conselhos profissionais regionais e federais	41
4.2	Delimitação de horário noturno específico para a categoria	42
4.3	Vistorias no posto de trabalho	44
4.4	Sugestão de tratamento de determinadas situações de estudo ou descanso como tempo à disposição do empregador.....	46
4.5	Aplicação subsidiária das normas gerais.....	47
5	CONCLUSÃO.....	49
6	REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa fundamenta-se, diante da ausência de uma legislação específica que tutele a matéria, na criação de um regime jurídico para a contratação de profissionais de Tecnologia da Informação (TI). Com base nessa proposta, empregados e empregadores poderiam utilizar estas informações para orientação e formulação de contratos de trabalho com direitos e deveres para ambas as partes, incluindo o aspecto da jornada noturna destes profissionais, em especial para aqueles que se encontram em regime de teletrabalho, tornando claros os papéis de cada um na relação.

A ideia de um regime jurídico, que sirva como base para os contratos de trabalho desse segmento, surge para resolver uma situação corriqueira: cada empresa confecciona um contrato próprio, com valores e obrigações que acredita estar alinhada com a sua missão, mesmo que não esteja correlacionada, em aspecto algum, com os valores, as necessidades e a atuação dos profissionais de TI. Com isso, enquanto alguns profissionais não têm um ambiente apropriado para o desenvolvimento do seu trabalho, outros, com mesma função, escolaridade, produtividade, gozam de um ambiente mais apropriado, têm mais benefícios e podem receber salários maiores.

Os vínculos de emprego dos profissionais de TI são, em grande parte, precários, desfavorecendo os trabalhadores e sua força de trabalho. Percebe-se, assim, uma falha quanto aos critérios técnicos de contratação neste setor.

Dessa forma, é comum observar um desgaste físico e psíquico em equipes inteiras, resultado de um ambiente de trabalho inadequado, falta de recursos necessários para o pleno desenvolvimento das suas atividades, além da insalubridade presente em vários casos. Todos esses fatores resultam em empregados desgastados, insatisfeitos e subaproveitados.

Isso acontece, também, no horário noturno por não haver uma referência na qual os contratos possam se basear, em que as necessidades do profissional desta categoria sejam satisfeitas, dando plenas condições para o melhor desempenho e remuneração de suas atividades.

Com esse trabalho, é possível definir um padrão mínimo das condições do trabalho noturno, o que engloba ainda a remuneração, os benefícios e reflexos para

os trabalhadores desse segmento, definindo necessidades básicas, sejam relativas ao ambiente de trabalho ou à especificação dos recursos adequados para a realização das suas funções. Além dos requisitos mínimos, é possível estabelecer um padrão de benefícios e adicionais que estes profissionais têm direito. Atualmente, cada empresa estabelece quais oferecer, na quantidade que julgar conveniente, fazendo com que profissionais de mesma função, escolaridade, igual desempenho, trabalhando em idêntico estabelecimento, recebam benefícios e quantias totalmente divergentes.

A utilização desse regime jurídico pelas empresas de TI na contratação de seus funcionários resultará em uma maior igualdade de direitos e remuneração, seja na formalização de sua contraprestação referente ao trabalho noturno, como adicionais e horas extras, seja na percepção de um aumento qualitativo nos trabalhos desempenhados, frutos de uma maior satisfação na realização das suas funções.

De acordo com o exposto, indaga-se: a adoção de um regime jurídico para prestação de serviço noturno, como referência para a contratação desses profissionais, de forma que ilicitudes sejam evitadas, conferiria maior isonomia para esta categoria?

Nesse contexto, tem-se como hipótese a criação de um regime que sirva de referência para a contratação dos profissionais de TI por empresas deste segmento, tornando possível fornecer melhores condições para estes profissionais, inclusive àqueles que desempenham suas funções no trabalho noturno, atendendo às suas necessidades, incrementando a sua produtividade. Por sua vez, os empregadores terão direito a cobrar destes profissionais os deveres trazidos no respectivo regime jurídico, dentre eles, o comprometimento e a responsabilidade para com seu labor.

Ademais, cumpre destacar que este trabalho tem por objetivo geral analisar quais são as modalidades para a contratação dos profissionais que prestem serviço noturno na área de TI, para sugerir um regime jurídico que sirva como referência para os futuros contratos.

Quanto aos objetivos específicos, inicialmente, são abordados: a) os requisitos e as características do vínculo dos contratos de trabalho do profissional autônomo e do celetista, inclusive na modalidade intermitente; b) a jornada de trabalho do profissional de TI, sua remuneração, incluindo a contraprestação fixa mensal, os adicionais de horas extras e o noturno, bem assim, itens correlatos da

reforma trabalhista; e c) uma sugestão normativa com base em fontes do Direito, observando-se disposições da referida reforma.

A pesquisa é descritiva e bibliográfica, tendo sido utilizado o método dedutivo, com intuito de descrever as características dos contratos de trabalho dos profissionais de TI e as especificidades da realização de jornada noturna por estes profissionais. Para tanto, o estudo está dividido em 3 (três) capítulos.

No primeiro, são abordados os requisitos e as características do vínculo dos contratos de trabalho autônomo e celetista, inclusive no caso do labor intermitente.

No segundo, trata-se sobre a jornada de trabalho, o adicional noturno e o de horas extras, a contraprestação fixa mensal do profissional de TI e aspectos relativos à reforma trabalhista.

Por fim, é apresentada uma sugestão normativa, tendo como base aspectos relativos ao labor noturno do profissional de TI, observando-se material utilizado ao longo da elaboração desta pesquisa, o que inclui a doutrina e as regras legais, obedecendo-se aos pressupostos da reforma trabalhista.

2 CONTRATO DE TRABALHO DO PROFISSIONAL DE TI

O presente tema é fundamental para resgatar a produtividade e motivação dos profissionais de TI, pois empresas formulam contratos baseados nos seus valores, com cláusulas, deveres e direitos destes trabalhadores de forma semelhante aos demais empregados, mesmo em se tratando de uma categoria completamente diferenciada. Apesar disso, é de notório saber que os requisitos para determinação de um vínculo de emprego permanecem inalteradas, como se pode observar nos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT): subordinação jurídica, pessoalidade do empregado, não eventualidade, onerosidade e o fato de o obreiro ter que ser pessoa física.

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.

§ 1º Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.

§ 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.

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

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual. (Brasil, Consolidação das leis do trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Reconhecidas as características do vínculo de emprego, é importante definir o que vem a ser contrato de trabalho, de acordo com Cairo Jr. (2017, p.230), para quem é “pacto, expresso ou tácito, verbal ou escrito, pelo qual o empregado, pessoa física, compromete-se a prestar serviços não eventuais e subordinados e o

empregador a pagar a retribuição respectiva, seja esta convencionada ou imposta pela lei”. Esse conceito é criticado pela doutrina, pois o contrato não é necessariamente ou diretamente uma relação de emprego. Tal é a que estabelece a subordinação do empregado ao empregador. Associa-se, assim, os sujeitos do vínculo empregatício (não se tratando de uma contratação entre um sujeito e um objeto).

Conclui-se que se trata de uma relação jurídica, porquanto o poder de uma pessoa sobre a outra é estabelecida por lei, visando a tutela de um interesse. Conforme Barros (2016, p. 154), o conceito de vínculo empregatício pode ser definido da seguinte maneira:

O contrato de trabalho é o acordo expresso (escrito ou verbal) ou tácito firmado entre uma pessoa física (empregado) e outra pessoa física ou jurídica[...], por meio do qual o primeiro se compromete a executar, pessoalmente, em favor do segundo um serviço de natureza não eventual, mediante salário e subordinação jurídica.

O art. 443 da CLT serve como base para esse entendimento com o seguinte conteúdo: “o contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, ou para prestação de trabalho intermitente”.

Na sequência, o art. 444 da CLT versa sobre a livre negociação das partes interessadas contanto que não colidam com as normas de proteção ao trabalho, as negociações coletivas e as decisões das autoridades competentes. Se não observados esses requisitos, as alterações serão nulas e poderá o empregado pleitear a rescisão indireta do seu contrato.

Por fim, traz a CLT, por meio de seu art. 468, condições que devem ser observadas para que as alterações objetivas no contrato de trabalho sejam válidas. Para tanto, o empregado não pode sofrer prejuízo algum de qualquer natureza, direta ou indiretamente, não apenas de caráter pecuniário, à exemplo de lesões a direito, que afetem seus benefícios, sua jornada de trabalho, suas vantagens, sua saúde e segurança, anteriormente garantidos, bem como deve haver mútuo consentimento.

As características comuns dos contratos de trabalho são necessárias e obrigatórias para todo e qualquer profissional, independentemente de sua classe, no entanto, a categoria tratada neste trabalho apresenta necessidades, motivações e até formas de labor mais complexas, pois trabalham predominantemente com seu

intelecto, sua criatividade, criam sistemas e soluções adequadas ao cotidiano e demandas do seu empregador.

Não se trata de um trabalho exclusivamente intelectual (pode haver casos que exijam menor complexidade), com calendário fixo e atividades previstas e agendadas. Esta diferenciação é melhor tratada por Leite (2017, p.191), com o conteúdo do parágrafo único do art. 3º da CLT, o qual defende que: “O parágrafo único já estabelecia a proibição de 'distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual””. Dispositivo que, claramente, se contrapõe à ideia de tratar determinada categoria de forma diferenciada, levando as empresas a tratarem seus empregados com as mais diferentes e complexas funções de forma igual.

É trazido por Delgado (2017, p. 574) um conceito que caracteriza contratos de trabalho desta categoria: “[...] pode ser definido o contrato empregatício como o acordo de vontades, tácito ou expresso, pelo qual uma pessoa física coloca seus serviços à disposição de outrem[...]”. Esse dispositivo traz o acordo de vontades como ponto fundamental para estabelecimento de um contrato de trabalho dos profissionais desta área, pois há uma grande quantidade de prestação de serviços ou contratações baseadas na informalidade, principalmente no que tange à área de TI.

A prestação de serviços é uma forma de contratação muito recorrente para estes profissionais, trata-se de uma modalidade contratual aplicável a qualquer tipo de atividade lícita, sendo ela manual, intelectual, conforme disposto no art. 594 do Código Civil (2002): “O Contrato de prestação de serviços é o negócio jurídico pelo qual uma das partes (prestador) se obriga a realizar uma atividade em benefício de outra (tomador), mediante remuneração”. Um dos pontos altos da nova legislação é resolver essa questão, definindo novas formas de contratação de modalidades, comuns e frequentes nos dias de hoje, vindo a fornecer um pouco mais de segurança ao trabalhador e cumprimento de deveres e obrigações ao empregador.

No entanto, a nova legislação não eliminou de vez um tipo de fraude recorrente nesse mercado de trabalho, que é a contratação de profissionais como pessoa jurídica, com a finalidade de suprimir direitos trabalhistas e diminuir os custos tributários do empregador, apesar de ser recorrente o sucesso daqueles que buscam o reconhecimento de vínculo, alegando os requisitos básicos da relação de

emprego, quais sejam, ser pessoa física, subordinação, onerosidade, não eventualidade e pessoalidade.

O contrato do profissional autônomo

O tópico em debate faz surgir uma polêmica sobre algo que é corriqueiro, mas foi atualizado e modificado por novas relações de trabalho. De acordo com o exposto em sua obra, Cisneiros (2016, p. 20) diz que “a relação de trabalho abrange as relações de emprego, a relação de estágio, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho avulso, a relação estatutária de trabalho, a relação de empreitada, etc”. O tópico atual descreve uma relação de trabalho peculiar, diferente da relação de emprego tradicional (trabalho subordinado), a relação presente no trabalho autônomo (trabalho não subordinado).

A peculiaridade principal desta categoria encontra-se na total ausência de subordinação. O trabalho autônomo não pode ser realizado com subordinação jurídica entre o trabalhador e o tomador de serviço. Há uma certa autonomia daquele na relação e essa característica tende a perdurar durante toda a prestação do serviço, caracterizando este tipo de vínculo. É comum acreditar que o tomador do serviço assume o papel de chefia, a quem o prestador deveria estar subordinado, mas se trata de uma visão distorcida da realidade. O prestador pode comparecer ao local do serviço, realizar as atividades pactuadas de acordo com o que está no contrato firmado, respeitando a forma de fazer, qualidade e prazos exigidos que o tomador do serviço pode nem se fazer perceber.

No trabalho autônomo, o prestador pode ser um empreendedor, não se submetendo a um empregador, logo, não se encontra sob a direção e poder disciplinar da empresa. Este trabalhador conserva a liberdade de iniciativa, gerencia sua própria atividade, logo deve suportar os riscos desta escolha.

Há diversas formas de vínculo de trabalho que um profissional de TI pode participar no decorrer de sua trajetória profissional. Uma das mais frequentes é a de autônomo e a reforma trabalhista trouxe uma importante garantia para os trabalhadores que optam por esse tipo de vínculo. No art. 442-B da CLT, tal artigo trata sobre o contrato de trabalho do autônomo da seguinte forma: “A contratação do autônomo, cumpridas todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de

forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado no artigo 3º desta Consolidação”.

O contrato do profissional celetista

Este tópico traz o contrato que é (ou deveria ser) padrão na relação empregado-empregador. Essa modalidade de vínculo diverge da anterior em vários aspectos, dentre elas, a presença marcante da subordinação jurídica ao empregador, item inexistente no vínculo de trabalho autônomo.

Para que seja melhor compreendido o assunto, é importante estabelecer a distinção entre as expressões: duração do trabalho, jornada de trabalho e horário de trabalho, de acordo com Santos (2018, p.135 e 136):

Duração do trabalho: conceito amplo que abrange o tempo em que o empregado está à disposição de seu empregador em razão do contrato de trabalho firmado, podendo ser estabelecido por dias, semanas, mês ou ano;
Jornada de trabalho: refere-se ao tempo diário em que o empregado se coloca em disponibilidade perante seu empregador. Note-se, portanto, que o termo é menos abrangente que duração do trabalho. Ocorre que o legislador utiliza a expressão inclusive para lapsos de tempo maiores como jornada semanal de trabalho;
Horário de trabalho: é o lapso temporal entre o início e o fim de determinada jornada.

Os profissionais enquadrados nessa categoria devem estar de acordo com o que está previsto no art. 3º da CLT, o qual dispõe que: "o empregado é toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário". Ademais, é importante destacar que, da leitura acima, os requisitos são: pessoa física, subordinação jurídica, salário e habitualidade. Embora o art. 3º não elenque como um de seus atributos a pessoalidade, a doutrina e a jurisprudência já consagraram tal aspecto.

Por sua vez, a pessoalidade é pressuposto neste tipo de contrato, pois é exigido que o próprio empregado execute suas atividades pessoalmente, a menos que, com o consentimento do empregador e de caráter esporádico, se faça substituir nas suas atividades. Para o profissional de TI, no contrato do tipo *home office*, esse controle se torna muito difícil de ser realizado.

Em relação a não eventualidade citada pelo legislador, entendida pela doutrina como não eventualidade ou, ainda, habitualidade, é um pressuposto que vem cada vez mais sendo flexibilizado pelos profissionais desta categoria,

demonstrando uma enorme necessidade de “atualização” deste pressuposto, porquanto é recorrente a situação em que não há a necessidade, por parte do empregador, que determinado empregado, especialista em determinado *software* ou *hardware*, esteja constante e diariamente na empresa, mas apenas em algumas oportunidades por mês ou, ainda, somente quando demandado. É importante destacar que a habitualidade pode se fazer presente inclusive quando o empregado não compareça à empresa com diariamente, pois este pode realizar parte de suas atividades com habitualidade por meio de teletrabalho.

O pressuposto do salário, trazido pelo requisito da onerosidade, é fundamental que este esteja de acordo com as expectativas e dignidade do profissional de TI, para que possa exercer suas funções da melhor maneira possível, apresentando sua melhor produtividade.

A subordinação jurídica neste tipo de vínculo é essencial. No entanto, ela foi mitigada com o avanço e inovação das relações de emprego. Por exemplo, Freitas (2012) segue uma linha de pensamento que diz que ela não precisa ser constante ou que pode variar de grau de intensidade, na medida em que o trabalho exercido progride de um labor meramente manual para um serviço técnico ou intelectual, muito comum de ser observado nas funções exercidas pelos profissionais de TI.

Definidos os requisitos da relação de emprego, serão vistos adiante as modalidades de contratação principais, a exemplo do contrato intermitente, da jornada por tempo integral e por tempo parcial.

A modalidade de vinculação por contrato intermitente veio como um dos grandes trunfos da Lei nº 13.467/2017, nos seus arts. 443, §3º, e 452-A, como uma forma de minimizar as relações de labor informais existentes no País e isto trouxe um enorme impacto para o mercado de trabalho de TI, pois grande parte dos vínculos, contratos e “acertos”, é firmada por acordo oral ou por algum tipo de contrato que mascare a realidade, oferecendo pouca proteção jurídica, a exemplo do “pseudo-estagiário” ou do “pseudo-aprendiz”.

O contrato de trabalho intermitente definido pelo art. 443, §3º, com a seguinte redação:

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente. [...]

§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade,

determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

A regulação desse vínculo pela reforma veio, potencialmente, a resolver uma questão comum neste mercado: a informalidade. Muitos serviços realizados ou prestados são acordados de forma oral com o tomador, sem qualquer segurança para o trabalhador, muitas vezes apenas com o recebimento do valor ajustado, quando muito, demonstrado mediante recibo de pagamento. Dessa forma, a referida reforma pode, ao menos em tese, auxiliar estes profissionais, formalizando sua prestação de serviços, trazendo uma segurança jurídica para estes. Contudo, esse item abre uma brecha para que o empregador evite contratar funcionários a longo prazo, trazendo profissionais para realização de serviços pontuais, desvirtuando a intenção de fazer gerar mais empregos com esta modalidade de contratação.

Apresentando mais regramentos sobre essa forma de vínculo, o art. 452-A, também apresentado pela reforma, aponta:

Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

O dispositivo apresentou alguns requisitos para a celebração do contrato, como especificação do valor da hora trabalhada, comparando o valor aos demais trabalhadores que exercem funções semelhantes na empresa.

Discordando desse suposto benefício, Cassar (2017, p. 13) defende que o contrato intermitente “[...] visou, na verdade, autorizar a jornada móvel variada e o trabalho variável (“bico”), isto é, a imprevisibilidade da prestação de serviços, ferindo de morte os princípios da segurança jurídica e a proteção ao trabalhador”. A autora defende, ainda, a ideia de que esta modalidade atendeu, de forma veemente, aos interesses dos empregadores, de forma que a responsabilidade de correr os riscos, inerente à atividade empresarial, foi transferida para a parte hipossuficiente, *in casu*, para os trabalhadores.

Ademais, é importante ressaltar que esta nova modalidade contratual causou impacto diretamente em itens previstos no conceito de vínculo de emprego: duração ou jornada de trabalho e salário.

Quando o tema abordado era o de jornada ou duração do trabalho, nos moldes anteriores aos da reforma trabalhista, o critério definidor era o tempo à disposição para o empregador.

Com a Lei nº 13.467/2017, esse conceito foi atualizado, pois, de acordo com as características do labor intermitente, o trabalhador estará à disposição do empregador de acordo com sua vontade e necessidade, aguardando que este o requisite para a realização de alguma atividade, independentemente do dia da semana, do horário ou da duração da jornada necessária para a realização de tal atividade. Além disso, apesar da precariedade do vínculo, o art. 452-A, no seu §4º, prevê uma sanção desarrazoada pelo não cumprimento do pactuado: multa equivalente a 50% (cinquenta por cento) da remuneração do funcionário no período.

Essa modalidade abre um precedente perigoso ao conferir autonomia ao empregador para que este não precise rescindir o contrato de seus funcionários, podendo deixar de arcar com determinadas obrigações trabalhistas inerentes à rescisão contratual, tais quais 13º (décimo terceiro) salário e férias proporcionais, caso não venha a precisar deste empregado durante um determinado período de tempo, citando o exemplo de um profissional que, inicialmente, trabalharia apenas 2 (duas) semanas e tem as verbas quitadas de acordo com o art. 452-A, no seu §6º, mas, por não ter completado o período de 15 (quinze) dias, não tem direito a 1/12 (um, doze avos) do 13º (décimo terceiro) salário e das férias, bem assim, em caso de nova contratação, 6 (seis) meses depois, por novo período de 2 (duas) semanas, novamente não terá direito a esses títulos aqui mencionados, como consequência de tal modalidade de contratação, na forma da lei. Certamente caberá uma discussão jurídica para tentativa de reconhecimento de potencial unicidade contratual, inclusive para efeito de pagamento dessas verbas.

Assim, esse profissional ficaria “no aguardo” do empregador que, possivelmente, só precisaria dos seus serviços no semestre seguinte, caso seja contratado por período de tempo inferior a 15 (quinze) dias. Isso pode afetar a chamada “segurança jurídica” conquistada (e agora retirada) pelo trabalhador. Essa modalidade contratual foi criada de forma tão precária que, em relação ao FGTS e em caso de paralisação contratual, inclusive o trabalhador avulso possui mais garantias, como poder sacar os respectivos depósitos fundiários, caso fique mais de 90 (noventa) dias sem trabalhar, o que não é previsto para o trabalhador

intermitente, o qual pode passar anos de inatividade, o que o impedirá de movimentar a sua conta.

Já em relação à remuneração, a contraprestação fixa mensal ou o salário por obra ou objetivo também passou por 1 (uma) atualização de conceitos. Não se fala mais na obrigatoriedade de respeitar sempre o salário-mínimo mensal, por meta ou objetivo a ser atingido por determinado trabalho. O contrato pode ser para qualquer objetivo ou duração de tempo, sem a previsibilidade de que este trabalho será repetido ou necessário na próxima semana ou no próximo mês. Ou seja, o salário existirá apenas se o empregado for convocado para executar determinadas tarefas e apenas referente àquele tempo trabalhado.

De acordo com esse entendimento, Delgado (2017, p. 155) afirma que:

O que os preceitos legais fazem é, nada mais nada menos, do que criar mais uma modalidade de salário por unidade de obra ou, pelo menos, de salário-tarefa: o salário contratual será calculado em função da produção do trabalhador no respectivo mês, produção a ser estimada pelo número de horas em que se colocou, efetivamente, à disposição do empregador no ambiente de trabalho, segundo convocação feita por esse empregador.

Por sua vez, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) prevê em seu art. 7º, VII, que: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável”. Desse modo, resta, ainda, 1 (uma) importante consideração: a garantia do recebimento do salário mínimo-hora é prevista implicitamente no supracitado dispositivo da CRFB/1988, ainda que se desenvolva a prestação de serviço na modalidade intermitente, conforme interpretação sistemática com o Decreto nº. 9.255/2017, desde que o empregado esteja exercendo suas atividades regularmente. No entanto, para os meses sem convocação para o trabalho, de acordo com os preceitos normativos celetistas, o empregador não terá a obrigação de remunerá-lo. Nesse sentido, cabe aqui uma crítica, porquanto tal situação subverte a lógica da contratação de qualquer vínculo de emprego, quando se percebe que o dever de ocupação efetiva do trabalhador é substituído por uma faculdade de o tomador de serviços ter a seu dispor a mão de obra profissional apenas na “hora” em que lhe convier. Tal situação deveria ser alvo de profunda discussão, considerando que o obreiro se encontra em total insegurança, ao ter que aguardar sempre por uma convocação mediante chamado e só será contraprestado

em caso de efetivo serviço. Portanto, vale registrar que deveria haver uma modificação na CLT de modo a responsabilizar o empregador por não atribuir atividades para estes funcionários, sendo possível, com isso, prejudicar a sua percepção remuneratória e conseqüentemente sua subsistência, bem assim de seus familiares. O empregador que adota esse comportamento não estaria exercendo corretamente o seu dever de ocupação efetiva perante seus funcionários, mas é algo que a CLT, de fato, hoje, permite, quando dispõe ser possível haver períodos de inatividade. Pensando nisso o legislador infraconstitucional criou a regra do art. 452-D, por meio da MPv nº. 808/2017, a qual vigorou de 14 de novembro do ano passado até 23 de abril de 2018. Por tal regramento, o período de inatividade de 12 (doze) meses, a contar do que fosse mais recente dentre as seguintes datas: celebração do contrato, última convocação (quando não houvesse labor realizado, por exemplo, por recusa do chamado) ou último dia de prestação de serviços. Embora extenso demais, já era mais razoável se comparado ao que deixou de existir com a caducidade da referida medida provisória. O ideal seria que o período de inatividade máximo fosse de até 6 (seis) meses perante um mesmo empregador.

Ainda em relação ao salário, quanto à forma, a Lei nº 13.467/2017 trouxe 2 (duas) garantias relevantes: o contrato deve ser celebrado por escrito e o valor da hora do serviço nunca deve ser inferior ao salário mínimo-hora ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento, com idêntica função.

Lado outro, no tocante às regras de convocação, esta deve ocorrer com, pelo menos, 3 (três) dias corridos de antecedência, informando a jornada. Caso, em 1 (um) dia útil, o trabalhador não responda à chamada, presume-se a recusa em querer comparecer. Tal recusa é faculdade do empregado, não podendo ser considerada insubordinação ou qualquer outra infração trabalhista. A punição citada, anteriormente, relativa ao §4º, é passível de aplicação quando a requisição de serviço é feita pelo empregador e o empregado aceita. A partir de então, se alguma das partes desistir ou não cumprir com o esperado, pode ser gerada aquela multa de 50% (cinquenta por cento) a ser paga em 30 (trinta) dias, a qual só não deverá ser adimplida, caso ocorra o serviço contratado dentro de tal prazo.

Normalmente, o pagamento do salário do trabalhador intermitente é realizado ao término do período convocado, sendo devida a remuneração acertada, o 13º (décimo terceiro) salário proporcional, as férias proporcionais acrescentadas de 1/3 (um terço), o repouso semanal remunerado e os adicionais legais. Esse montante

deve ser acompanhado de 1 (um) recibo com a discriminação de cada valor recebido.

Por outro lado, o regime de tempo integral é um tema descrito na CRFB/1988, em seu art. 7º, inciso XIII:

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

[...]

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

[...]

Desse modo, a previsão constitucional supracitada é corroborada por Cassar (2015), de forma mais explicada, para quem: “A duração do trabalho é o gênero do qual são espécies a jornada, o horário de trabalho e os repousos.”. É a principal modalidade de contratação na prática, visto que os labutadores são admitidos a prestar serviço, em regra, por um período não inferior a 40 (quarenta) horas semanais. Funcionando o estabelecimento patronal aos sábados, normalmente o labor semanal passará a ser de até 44 (quarenta e quatro) horas.

Outrossim, lado outro, o regime de tempo parcial já é parte da CLT desde a MPv nº 2.164-41/2001, a qual visava, então, a fomentar o aumento dos postos de trabalho, o que já foi modificado quanto ao limite semanal pela reforma trabalhista. Nesse momento, era possível a contratação com duração máxima de 25 (vinte e cinco) horas por semana, com a condição de não serem permitidas horas extraordinárias. Caso realizadas, essas iriam de encontro com a intenção da CLT, o que acarretava o reconhecimento de que era como se estivesse no regime de tempo integral, garantindo-se os consectários legais. No caso de realização de jornada extraordinária, mesmo com a recomendação contrária, Cassar (2015) defendia que: “apesar de existir essa vedação [...] se prestadas horas extras, o empregador estava obrigado ao pagamento [...]. Ademais, a empresa iria incorrer em multa aplicada pela fiscalização do trabalho”.

Atualmente, existem 2 (duas) modalidades de regime em tempo parcial: jornadas de 27 (vinte e sete) a 30 (trinta) horas semanais, sem horas extras, e atividades desenvolvidas de 1 (uma) hora a 26 (vinte e seis) horas semanais, podendo haver labor extraordinário, mas limitadas a mais 6 (seis) horas semanais, de acordo com a Lei nº 13.467/2017, a qual neste aspecto assim dispõe:

Art. 58-A. Considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a trinta horas semanais, sem a possibilidade de horas suplementares semanais, ou, ainda, aquele cuja duração não exceda a vinte e seis horas semanais, com a possibilidade de acréscimo de até seis horas suplementares semanais.

Ainda em relação ao regime de tempo parcial, lançado supostamente para estimular novos postos de trabalho, no caso de poder haver a solicitação de horas extraordinárias, embasado nos termos da reforma trabalhista, Silva (2017, p.23) se posiciona da seguinte forma:

A reforma teve ao menos o bom senso de não liberar irrestritamente as horas extras, que desvirtuariam o regime, e admiti-las apenas para contratações mais baixas, com cargas inferiores a 26 horas por semana. Em resumo, um trabalhador a tempo parcial poderá chegar a 32h semanais – 26 regulares e 6 suplementares.

Apenas cabe registrar do aludido acima que o cálculo máximo de 32 (trinta e duas) horas está correto, mas as contratações podem ser iguais ou inferiores a 26 (vinte e seis) horas semanais, e não apenas menores que tal montante horário.

Dessa forma, é possível concluir que das modalidades tratadas acima, as que mais se aproximam são a de labor intermitente e a de regime de trabalho parcial, pois foram supostamente apresentadas como solução para diminuir o grande índice de informalidade presente nas relações de emprego no País, além de terem a remuneração proporcional por hora efetivamente laborada. Em verdade, trata-se de uma solução para aquele empregador que só precisa de funcionários em determinadas épocas do ano, inclusive finais de semana (pelo volume maior de comercialização de produtos, em certos casos) e/ou para realizar atividades específicas, como no período de festividades (Carnaval ou São João), bem como para atividades que não são contínuas, mas realizadas apenas algumas vezes no ano.

3 ASPECTOS NORMATIVOS RELACIONADOS À JORNADA E REMUNERAÇÃO PELO SERVIÇO NOTURNO DO PROFISSIONAL DE TI

Os contratos de trabalho, via de regra, costumam obedecer a 1 (uma) determinada estrutura, que é moldada por regras estanques. Isso faz com que contratos com proposições e determinações, por vezes, idênticas sirvam para profissionais das mais variadas áreas de 1 (uma) mesma empresa, que utiliza aquele modelo de contrato para a seleção de seus profissionais.

Trata-se de 1 (uma) prática que colide frontalmente com as peculiaridades necessárias do contrato de trabalho do profissional que trabalha com TI. Esse trabalhador tanto pode estar alocado em 1 (uma) equipe que está focada em 1 (um) projeto com data marcada para entrega e, por conta do prazo final se aproximando, trabalha em jornadas exaustivas para atender à demanda, ou ainda pode estar em uma equipe de suporte ao usuário, cuja jornada se adequa ao horário comercial do cliente, trabalhando, desta forma, com 1 (uma) demanda bem menos intensa.

De acordo com os exemplos acima, é notório que não há como estabelecer 1 (um) “contrato-modelo” para a contratação de profissionais de tal área, pois um mesmo trabalhador pode estar fazendo 1 (uma) jornada ordinária típica, de maneira controlada pelo tomador de serviço, quando este é prestado na sede da empresa ou em local por ela designado, com adicional noturno e horas extras; ou pode estar laborando mediante teletrabalho (sem adicional noturno ou horas extras), por ser mais produtor no caso de precisar serem entregues atividades preponderantemente intelectuais, a exemplo de determinado projeto que demande atenção e esforço máximo, a fim de não entregar o produto para o cliente após o prazo acordado ou apresentando falhas críticas, já que impactaria diretamente no acerto financeiro com este consumidor, em face da empresa.

Por outro lado, cabe esclarecer que o teletrabalho, tal qual foi regulamentado, é reflexo apenas de uma formalização dessa modalidade de execução das atividades laborais, as quais costumavam ser realizadas sem disposições normativas delimitadoras do tipo de serviço ora debatido.

Ademais, apesar de a reforma trabalhista tê-lo regulamentado como “novidade”, essa prática já era observada de forma frequente no mercado de trabalho com o chamado *home-office*. Assim, a reforma veio a reconhecer que a

atividade exercida nesses moldes é, definitivamente, característica de um vínculo de emprego com procedimento especial de execução dos serviços e não de um possível trabalho ordinário controlado pelo tomador, em que as atividades, pela razão da fiscalização horária, podem ser exercidas em sobrejornada e no turno da noite. Há diversos profissionais que trabalham remotamente em suposta jornada noturna, em suas residências ou em qualquer outro local, para desempenhar suas atividades, em regime de teletrabalho, mas que, por estar contratado nesta modalidade de execução dos serviços, não poderá ter o extralabor reconhecido ou tampouco pago o respectivo adicional remuneratório.

Além do mais, a reforma utiliza a nomenclatura teletrabalho para se referir ao *home office*, e define, segundo o art. 75-B da CLT, tal modelo de labor como sendo da seguinte forma: “a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo”.

Lado outro, há quem defenda se tratar de 1 (um) tema polêmico, pois esse regime, quando não se referir a profissionais que prestam serviço no âmbito da TI, pode ocasionar prejuízos ao trabalhador, inclusive para quem produz vestimentas para grifes da moda, em locais que se assemelham com uma residência, em virtude da falta de estrutura, e de forma terceirizada, como cita Silva (2017, p. 34):

O inciso III, enxertado ao art. 62, 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.

Contudo, tal polêmica não interessa propriamente ao presente estudo, porquanto o teletrabalho se apresenta de maneira adequada ao campo da TI. Em verdade, o que pode existir é a contratação com jornada controlada e haver riscos de o serviço ser prestado de modo a ter horas de sobrejornada em excesso, a depender de como o tomador quiser a respectiva atividade desenvolvida.

Desse modo, é notório perceber que se 1 (uma) empresa de TI adota uma estratégia de contratar profissionais nos moldes tradicionais, a quantidade de horas extras e valores em adicional noturno irão se multiplicar. No entanto, adotando esse

regime profissional (teletrabalho), não haverá mais, supostamente, preocupação, ao menos, com esses encargos.

Sendo assim, é imprescindível que as empresas entendam corretamente o funcionamento dessa modalidade de execução de serviço, antes de começar a deslocar seus funcionários para trabalhar remotamente, inclusive em seu próprio domicílio, na tentativa de evitar o pagamento de horas extras e de adicional noturno, alegando estarem em teletrabalho. Para que ocorra tal prestação de serviços, não basta haver o desenvolvimento em *home office*. As atividades devem estar devidamente discriminadas no seu contrato de trabalho, até para que não se gere insegurança às partes, em face do que será desempenhado pelo obreiro quando efetivamente estiver em teletrabalho (art. 75-C da CLT). No entanto, a interpretação do art. 62, III, CLT tende a ser restritiva (à semelhança do que já ocorre com os incisos I e II, quanto aos gerentes gerais e os empregados viajantes, por exemplo), para que não se corra o risco de haver colisão, no âmbito constitucional, em relação aos arts. 6º e art. 7º, XIII, ambos da CRFB/1988, visto que o referido dispositivo celetista afirma que os trabalhadores em regime de teletrabalho não são abrangidos pelo controle de jornada e conseqüentemente não haverá recebimento de horas extras ou tampouco adicional noturno. Entretanto, os referidos dispositivos constitucionais trazem informação diversa, que serviria para o caso de o empregador facultativamente querer de alguma forma controlar a jornada do obreiro, o que não seria, *a priori*, necessário e condizente com tal modalidade executória de serviços.

Dessa maneira, nada impede que o profissional que esteja atuando em tal regime, com base em 1 (um) contrato diferenciado, opte por trabalhar fora do período do dia estabelecido nos “contratos-padrão” (ex: de madrugada), em se tratando de 1 (um) obreiro que labore com metas e produtividade. Se o profissional apresenta 1 (um) maior nível de concentração durante o período, que, nos moldes celetistas, seria considerado noturno, e sua criatividade, grande aliada no desenvolvimento de suas atividades, seja mais intensa neste horário, melhor para o trabalhador e para a empresa que o serviço seja realizado nas condições citadas.

3.1 A jornada ordinária noturna

A jornada ordinária – em cuja qual os empregados normalmente são contratados para cumprir em seus trabalhos sem que o empregador precise

remunerar nada a mais por isto – é de conhecimento público, como aquela em que são cumpridas 40 (quarenta) ou 44 (quarenta e quatro) horas semanais, respeitando-se o limite diário de 8 (oito) horas, na forma do art. 7º, XIII, da CRFB/1988, incluindo o descanso semanal remunerado. No entanto, será visto mais adiante que há uma gama de trabalhadores que não realizam jornadas ordinárias típicas apenas, pois podem desenvolver suas funções em horários peculiares, que não obedecem à jornada de 08h00 às 12h00, 14h00 às 18h00 ou de variações destes horários, podendo serem cumpridas as 8 (oito) horas diárias ou até mesmo mais do que isto, de segunda-feira a sexta-feira, ou em alguns casos também aos sábados.

Por sua vez, o conceito de trabalho noturno é disposto por regramento infraconstitucional, considerando-se que a CRFB/1988 apenas determina que o pagamento do período noturno seja superior àquele realizado no diurno. Tal norma constitucional abrange os trabalhadores urbanos, rurais, domésticos e avulsos.

O Código do Trabalho Português (CTP) trata de forma ainda mais diferenciada o trabalho noturno realizado por mulheres. O art. 60 do referido código cita, por exemplo, situações em que as mulheres são dispensadas de trabalhar em horário noturno, *in verbis*:

Art. 60: Dispensa de prestação de trabalho no período noturno

1 - A trabalhadora tem direito a ser dispensada de prestar trabalho entre as 20 horas de um dia e as 7 horas do dia seguinte:

a) Durante um período de 112 dias antes e depois do parto, dos quais pelo menos metade antes da data previsível do mesmo;

b) Durante o restante período de gravidez, se for necessário para a sua saúde ou para a do nascituro;

c) Durante todo o tempo que durar a amamentação, se for necessário para a sua saúde ou para a da criança.

2 - À trabalhadora dispensada da prestação de trabalho noturno deve ser atribuído, sempre que possível, um horário de trabalho diurno compatível.

3 - A trabalhadora é dispensada do trabalho sempre que não seja possível aplicar o disposto no número anterior.

4 - A trabalhadora que pretenda ser dispensada de prestar trabalho noturno deve informar o empregador e apresentar atestado médico, no caso da alínea b) ou c) do n.º 1, com a antecedência de 10 dias.

5 - Em situação de urgência comprovada pelo médico, a informação referida no número anterior pode ser feita independentemente do prazo.

6 - Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, a dispensa da prestação de trabalho noturno deve ser determinada por médico do trabalho sempre que este, no âmbito da vigilância da saúde dos trabalhadores, identificar qualquer risco para a trabalhadora grávida, puerperal ou lactante.

7 - Constitui contraordenação grave a violação do disposto nos n.ºs 1, 2 ou 3.

No caso brasileiro, a jornada noturna realizada por mulheres já foi assunto debatido em artigos específicos da CLT, hoje revogados. Havia restrição de quantidade de horas extraordinárias, proibição de trabalho noturno na indústria, bem como em locais subterrâneos ou em atividades perigosas ou insalubres.

Ademais, para os trabalhadores urbanos em geral, o que interessa a este estudo, a CLT dispõe, em seu § 2º do art. 73, que é noturno “o trabalho executado entre as 22 horas de um dia e as 5 horas do dia seguinte”.

Não se pode deixar de ser mencionado o art. 611-B da CLT, que versa sobre a ilicitude na redução ou supressão de alguns direitos e, em seu inc. VI, é apresentado justamente o que está sendo aqui tratado, porquanto não pode ser alvo de negociação coletiva a remuneração do trabalho noturno superior à do diurno, respeitando o teor respectivo constitucional. Com isso, é trazida uma segurança ainda maior para aqueles que exercem o seu labor no horário noturno.

Dessa forma, os profissionais, para terem direito à referida remuneração diferenciada, precisam exercer, rotineira ou esporadicamente, suas funções em horário noturno, conforme definição legal, o que será detalhado em tópico próprio.

Sendo assim, a jornada ordinária noturna é aquela em que o trabalhador prestaria serviço em horário que, a princípio, seria de descanso, mas sem ultrapassar o limite diário previsto legalmente.

Por fim, é certo afirmar, com tal explicação, ser possível adentrar no tema seguinte, diretamente coligado, referente ao labor extraordinário noturno.

3.2 A jornada extraordinária noturna

A esse respeito, a CRFB/1988 traz, em seu art. 7º, XIII, as características de limite da duração da jornada de trabalho ordinária, conforme visto acima, ainda que minimamente, ao dispor que tal não poderá ser: “[...] superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”.

Embora não seja o foco deste estudo, pela menção constitucional e ser comum no âmbito de TI, a respeito da compensação de jornada, até 10 de novembro de 2017, a regra era de que deveria ocorrer na mesma semana. Contudo, após tal data, com a inclusão trazida pela Lei nº 13.467/2017, em seu art. 59, o § 6º aponta

que é lícito o regime de compensação de jornada, desde que esta ocorra no mesmo mês, e não mais semanalmente.

Excepcionalmente, já havia a figura do banco de horas, o qual teria duração de 12 (doze) meses, desde que ajustado mediante negociação coletiva de trabalho, sendo que a referida lei criou, ainda, a possibilidade de haver tal ajuste via acordo individual escrito, para efeito de compensação de jornada, cuja duração não excederá de 6 (seis) meses. Outrossim, cumpre salientar serem características do banco de horas, por exemplo, o limite máximo diário de 10 (dez) horas, o fato de não poder ultrapassar o limite máximo semanal da categoria multiplicado pelo número de semanas que o ano ou o semestre possui (respectivamente 52 – cinquenta e duas – ou 26 – vinte e seis), e o abatimento das horas extras registradas com folgas parciais ou integrais de jornada. Por tal razão, no caso do ajuste de 12 (doze) meses, é possível que 1 (um) trabalhador preste serviços com 60 (sessenta) horas semanais, de segunda a sábado, durante 8 (oito) meses seguidos, para em seguida descansar 2 (dois) meses com folgas do banco de horas, além de 1 (um) mês de férias, quando já as houver conquistado. A intenção aqui, portanto, é a de demonstrar o quão extenuante pode ser a jornada de quem labora em banco de horas.

É importante ressaltar, ainda, que pode ser prejudicial ao empregado uma possível tentativa de mesclar o tipo de utilização ou compensação das horas trabalhadas a mais, conforme cita Silva (2017, p.29):

Não se pode mesclar regime de compensação com regime de pagamento de horas extras, sob pena de o trabalhador ficar sem saber quais horas serão compensadas e quais serão pagas, quer dizer, sem que se possa saber quais horas ele terá de ficar em casa e quais terá de atuar mediante remuneração.

Ademais, a mesma CLT, em seus arts. 58 e 59, traz o seguinte texto: “a duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite” e “a duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho”. Com esses dispositivos, fica cristalino que a identificação das horas extraordinárias não depende do tipo de atividade realizada, mas da quantidade de trabalho desenvolvida no dia.

Dessa forma, as horas trabalhadas além do limite da jornada ordinária, salvo compensação ou redução mediante negociação individual ou coletiva, na forma da lei, serão consideradas como de labor em sobrejornada, e sendo tal realizado durante o período das 22h00 às 5h00 da manhã, tem-se constatada a jornada extraordinária noturna urbana, o que também ocorre no âmbito doméstico.

3.3 A remuneração pelo serviço noturno

No tocante à remuneração do trabalhador que realiza suas atividades no período noturno, é fundamental tratar sobre a sua contraprestação diferenciada em relação ao labor diurno.

Para tanto, deve ser observado, ainda, na legislação trabalhista, o *caput* do art. 73 da CLT, o qual, regulamentando o teor constitucional, prevê que: “[...] o trabalho noturno terá remuneração superior à do diurno e, para esse efeito, sua remuneração terá um acréscimo de 20% (vinte por cento), pelo menos, sobre a hora diurna”. Desse modo, esse dispositivo regula, ao celetista, o supracitado acréscimo à sua contraprestação pecuniária pelo expediente em horário diferenciado, isto é, pelo serviço noturno.

Ademais, a Lei nº 4.950-A/1966 determina que os engenheiros (que podem atuar na área de TI) possuem direito à remuneração do labor noturno na base da contraprestação do trabalho diurno acrescida de 25% (vinte e cinco por cento). Tal lei regula igual adicional ainda para os veterinários, químicos, arquitetos e agrônomos.

Como é possível perceber, o profissional, que presta serviço em tais condições, não poderia ser tratado de forma semelhante ao que cumpre sua jornada no período diurno. No entanto, alguns pontos precisam ser convergentes, como a quantidade máxima de horas diárias e semanais, independente do turno, na forma do art. 7º, XIII, da CRFB/1988. Tal afirmação tem o propósito de lembrar ser direito de quem se ativar em período noturno o de descansar no diurno, inclusive garantindo-se o respeito às 11 (onze) horas do intervalo interjornadas do art. 66 da CLT.

Explicadas outrora a jornada ordinária e extraordinária noturna, faz-se necessário entender como a legislação e a jurisprudência tratam com mais detalhes sobre o acréscimo remuneratório por exercer as atividades em período diferenciado.

A CLT estabelece em seu art. 73, §§ 4º e 5º, que nos horários mistos, assim entendidos os que abrangem períodos diurnos e noturnos, bem como nos casos de prorrogação do trabalho noturno, também são devidos, portanto, o acréscimo na remuneração de, no mínimo, 20% (vinte por cento) sobre a hora diurna.

Dessa forma, com essa abrangência tratada, ainda que o empregado inicie sua jornada de trabalho no horário diurno, conseqüentemente, antes do horário de início para contagem do adicional noturno (22h00), se a sua jornada for estendida para depois das 05h00 da manhã, terá direito ao adicional noturno, inclusive das 05h00 até o horário de fato trabalhado, conforme dispõe a Súmula nº 60, item II, do TST:

Súmula nº 60: ADICIONAL NOTURNO. INTEGRAÇÃO NO SALÁRIO E PRORROGAÇÃO EM HORÁRIO DIURNO (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 6 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005
[...]
II - Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT. (ex-OJ nº 6 da SBDI-1 - inserida em 25.11.1996)

Desse modo, é notória a necessidade de se estender a cobertura do adicional noturno para o período após as 5h00, a fim de desestimular a entidade patronal tal prorrogação de jornada, caso o labor prossiga após este horário, o que repercutirá também no valor do cálculo do serviço extraordinário. Vistas as informações referentes à jornada noturna, o próximo ponto a ser tratado será o da remuneração neste turno laboral.

No entanto, a reforma trouxe uma forma de cumprimento da jornada, que pode não ser abarcada pelo adicional noturno ou ter as suas horas extras computadas, que é o já explicado regime em que o trabalhador exerce suas atividades remotamente, mas não necessariamente em casa.

É importante mencionar que existem atividades relacionadas à área de TI que precisam ser contínuas, como aquelas ligadas à disponibilidade de informações críticas ou sistemas que mantém funcionando o setor de atendimento de um determinado hospital de urgências. Para esses casos, é comum que exista uma escala de revezamento de profissionais de TI que estejam disponíveis para manter o sistema funcionando e resolver, rapidamente, qualquer problema. Para os casos em que há esse regime de revezamento, a Súmula nº. 213 do STF é taxativa: “É devido o adicional de serviço noturno, ainda que sujeito o empregado a regime de revezamento”.

Para ser observado como esse tema é abordado fora do Brasil, na Subsecção VI, do CTP (2009), os artigos de nº 223 e 224, por exemplo, conceituam e caracterizam a forma lusitana de abordar o trabalho noturno.

Inicialmente, cumpre destacar o art. 223 desse diploma legal, o qual conceituou o que pode ser chamado de labor em período noturno e o fez da seguinte forma:

1 - Considera-se trabalho noturno o prestado num período que tenha a duração mínima de sete horas e máxima de onze horas, compreendendo o intervalo entre as 0 e as 5 horas.

2 - O período de trabalho noturno pode ser determinado por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, com observância do disposto no número anterior, considerando-se como tal, na falta daquela determinação, o compreendido entre as 22 horas de um dia e as 7 horas do dia seguinte.

Dessa leitura, nota-se uma clara ausência de abordagem em relação aos adicionais, mas um foco direcionado à duração e requisitos de proteção, como pode ser observado, ainda, no artigo 224 do CTP (2009). Tal disposição possui como título o de “Duração do trabalho de trabalhador noturno” e considera o período de prestação de serviços para determinar se o respectivo obreiro possui direito à remuneração pela jornada noturna ou não, observando uma quantidade de 3 (três) horas noturnas habituais ou, na média anual, que as horas trabalhadas no expediente noturno atinjam 3 (três) horas.

Apesar de toda essa conceituação e caracterização, o CTP (2009) não trata sobre o adicional noturno, deixando a tutela para o âmbito da negociação entre os interessados. Outro país que, além de não restringir um limite máximo de horas de labor noturno, também não remunera o empregado com qualquer tipo de adicional ou hora-extra dobrada são os Estados Unidos da América (EUA).

3.4 Teletrabalho

Já abordado minimamente neste estudo outrora, o teletrabalho é uma modalidade de execução do serviço em que o funcionário (ou autônomo) realiza suas atividades fora do ambiente do tomador. Não deve ser confundido com o trabalhador doméstico, visto que este é regido, inclusive, por lei própria, e é caracterizado por uma prestação de serviços a uma pessoa física ou família na residência do tomador. O profissional em regime de teletrabalho é previsto pelo art.

6º da CLT, sendo seu labor realizado em ambiente externo à empresa e seu tomador de serviços exerce atividades de natureza lucrativa.

Cairo Jr (2017, p.389) conceitua este regime de forma mais ampla, da seguinte maneira:

Conceitua-se teletrabalho como uma espécie de trabalho à distância (executado fora do centro de trabalho tradicional), concebido como forma flexível de organização do trabalho e com utilização das ferramentas fornecidas pelas novas tecnologias da informática e das telecomunicações. [...] É chamado também de trabalho remoto, trabalho periférico, trabalho flexível, cyber-trabalho, telelabor, telecomutação, teledeslocamento, novo trabalho a domicílio, etc.

Com base nos conceitos apresentados, percebe-se que não basta “levar trabalho para casa” e enviar por e-mail, que já se caracterizará o regime de teletrabalho. A forma de recebimento das requisições, o registro e respostas destas, bem como o local onde elas são realizadas, são fundamentais para a conceituação dessa modalidade de execução dos serviços trazida pela reforma.

Outrossim, esse regime laboral foi descrito em dispositivos trazidos pela Lei nº 13.467/2017, tais como os presentes no capítulo II-A da CLT, a saber: arts. 75-A, 75-B, 75-C, 75-D e 75-E. Tais disposições descrevem o conceito, a forma e as características do labor no referido regime, consoante assim transcritos:

Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo.

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

[...]

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

Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

Nos dispositivos supracitados, podem ser observadas as regras necessárias para que o novo regime seja exercido de forma correta pelos sujeitos da relação de emprego. É possível identificar que o trabalho realizado à distância, isto é, em atividade externa que impossibilite a organização da forma da prestação de serviço, conforme descrito pelo art. 62, I, da CLT, demonstra haver incompatibilidade quanto ao controle de jornada, inviabilizando a identificação de horários efetivos de labor e dos respectivos intervalos. Dessa forma, o empregador não conseguiria obter o controle direto das atividades do trabalhador. O inciso III desse mesmo dispositivo, por sua vez, retrata que essa modalidade é desprovida do direito às horas extras, aos intervalos e ao adicional noturno. Além daqueles que exercem cargos e funções incompatíveis com o controle de jornada, a reforma trabalhista traz que aqueles que se encontram em regime de teletrabalho estão à margem do capítulo da duração do trabalho. Esse tema é polêmico e trouxe à tona muitos debates e questionamentos sobre o mérito constitucional deste item trazido pela Lei nº 13.467/2017. Contudo, tal não será aqui abordado, mas será alvo de outro estudo posterior.

Outrossim, é importante ressaltar que o regime não trata de um trabalho doméstico, nem apenas em domicílio, mas à distância, conforme Leite (2017, p. 211) traz em sua obra, ao defender que: “o teletrabalho não se limita ao domicílio, podendo ser prestado em qualquer lugar. Na verdade, este regime ocorre em ambiente virtual”. Aqui, está se tratando sobre a forma de recebimento, da realização e do registro das atividades.

Nesse mesmo contexto, Barros (2008, p. 513) já trazia considerações sobre o regime de teletrabalho com as seguintes palavras:

O teletrabalho distingue-se do trabalho a domicílio tradicional não só por implicar, em geral, a realização de tarefas mais complexas do que as manuais, mas também porque abrange setores diversos como: tratamento, transmissão e acumulação de informação; [...] além da utilização de novas tecnologias, como informática e telecomunicações, afetas ao setor terciário.

Assim, conforme se depreende da leitura dos arts. 75-B e 75-D da CLT, são úteis para tal execução de serviços os procedimentos feitos por meio telemático, em sua grande parte, mas não em sua totalidade, pois a efetiva realização das atividades demandadas pelo empregador pode não se dar integralmente via computador, mas o registro e envio das atividades realizadas provavelmente serão.

Ademais, é importante citar como o teletrabalho foi regulamentado fora do Brasil, a exemplo de Portugal, que já conceituou e definiu as características e regras para a execução deste labor diferenciado pelos trabalhadores anos antes.

Na subsecção V, art. 165 da Lei n.º 7, de 12 de fevereiro de 2009, que aprovou a revisão do CTP, está contido o conceito desta modalidade, para quem: “Considera-se teletrabalho a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação”.

Se realizada a comparação com o que é definido pela CLT, após a reforma trabalhista, em seu art. 75-B, já citado, o que pode ser notada é a diferença de trabalho “habitualmente fora da empresa” (no regramento português) e “preponderantemente fora das dependências do empregador” (no caso brasileiro), que, apesar da utilização de termos distintos, é possível observar certa similaridade na forma em que os códigos abordam tal instituto jurídico.

Conforme Barros (2008) traz em sua obra, apesar de fazer com que as atividades fossem realizadas fora do estabelecimento do empregador, nunca o isentou de ter de respeitar as normas de higiene e segurança do trabalhador. Além do mais, o art. 75-E é claro nesse sentido, pois obriga o tomador de serviços a orientar devidamente seu funcionário a saber se cuidar por não estar laborando sob a sua vista, devendo assinar um termo após as respectivas recomendações providas. Trata-se da necessidade de utilização de computador ou outro meio adequado para desenvolver as atividades, de forma a não comprometer, por exemplo, a visão ou a mobilidade dos membros do corpo humano, sempre de modo a garantir uma adequada ergonomia ao trabalhador, como a utilização de cadeira giratória e do apoio para os pés.

Ainda no tocante à saúde, pode ser favorável o labor em local distinto da sede patronal, pois, com relação aos ruídos, aos quais o empregado pode ter que se submeter durante sua jornada, Barros (2008, p. 218) defende que:

Sustenta-se, ainda, que os níveis elevados de ruídos, inclusive das possíveis impressoras no local de trabalho, associados aos zumbidos de ventiladores ou transformadores, bem como o excesso de conversa no local, poderão afetar a concentração do teletrabalhador e também o seu rendimento.

Por sua vez, o CTP definiu as diretrizes do teletrabalho adotado em Portugal de forma bem detalhada, e isto pode ter servido de base ao legislador brasileiro na inclusão deste regime na elaboração das normas trazidas pela reforma. É possível observar esse nível de detalhamento em alguns artigos que serão dispostos a seguir.

Para tanto, destaca-se o art. 166 do CTP, que trata sobre o regime de teletrabalho, inicialmente estabelecendo normas gerais e, em seguida, passa a tratar sobre algumas restrições e o faz da seguinte maneira:

Art. 166 do CTP:

1 - Pode exercer a atividade em regime de teletrabalho um trabalhador da empresa ou outro admitido para o efeito, mediante a celebração de contrato para prestação subordinada de teletrabalho.

2 - Verificadas as condições previstas no n.º 1 do artigo 195.º, o trabalhador tem direito a passar a exercer a atividade em regime de teletrabalho, quando este seja compatível com a atividade desempenhada.

3 — Além das situações referidas no número anterior, o trabalhador com filho com idade até 3 anos tem direito a exercer a atividade em regime de teletrabalho, quando este seja compatível com a atividade desempenhada e a entidade patronal disponha de recursos e meios para o efeito.

4 — O empregador não pode opor-se ao pedido do trabalhador nos termos dos números anteriores.

5 - O contrato está sujeito a forma escrita e deve conter:

- a) Identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes;
- b) Indicação da atividade a prestar pelo trabalhador, com menção expressa do regime de teletrabalho, e correspondente retribuição;
- c) Indicação do período normal de trabalho;
- d) Se o período previsto para a prestação de trabalho em regime de teletrabalho for inferior à duração previsível do contrato de trabalho, a atividade a exercer após o termo daquele período;
- e) Propriedade dos instrumentos de trabalho bem como o responsável pela respetiva instalação e manutenção e pelo pagamento das inerentes despesas de consumo e de utilização;
- f) Identificação do estabelecimento ou departamento da empresa em cuja dependência fica o trabalhador, bem como quem este deve contactar no âmbito da prestação de trabalho.

6 - O trabalhador em regime de teletrabalho pode passar a trabalhar no regime dos demais trabalhadores da empresa, a título definitivo ou por período determinado, mediante acordo escrito com o empregador.

7 - A forma escrita é exigida apenas para prova da estipulação do regime de teletrabalho.

8 - Constitui contraordenação grave a violação do disposto no n.º 3 e constitui contraordenação leve a violação do disposto no n.º 4.

Assim, depreende-se do destacado acima que o n.º 2 do artigo citado trata sobre o direito do trabalhador em passar a realizar suas atividades em regime de teletrabalho, atendidos os requisitos presentes no art. 195, item 1, deste mesmo Código, para quem: “O trabalhador vítima de violência doméstica tem direito a ser transferido, temporária ou definitivamente, a seu pedido, para outro estabelecimento

da empresa [...]”. Lado outro, essa disposição não foi trazida pela reforma brasileira, o que parece ser bastante relevante.

No entanto, apesar de se observar que na legislação estrangeira há pontos em comum com a trazida pela Lei nº 13.467/2017, quando se trata sobre a compatibilidade das atividades exercidas pelo trabalhador que será submetido ao regime ora tratado, percebe-se uma lacuna importante. Observando as normas regradoras do regime nos arts. 75-A ao 75-E, já citados, verifica-se que são tratados aspectos como: requisitos para adoção do referido regime, responsabilidade de aquisição e manutenção de equipamentos, orientação para prevenção de acidentes, mas não se cita, em momento algum, a análise da compatibilidade das tarefas exercidas pelo empregado, apesar de ser algo que pode ser interpretado como óbvio, sendo que Portugal teve o cuidado de normatizar o tema, o que não foi feito no Brasil.

Por outro lado, o que seria ilógico sob o ponto de vista da CLT, portanto, de acordo com o que foi adotado pelo Brasil, em relação a haver um possível controle de jornada do trabalhador em regime de teletrabalho, caso tal seja pactuado entre as partes e havendo uma maneira efetiva de registrar a jornada, isto tornará viável que o trabalhador tenha direito a horas extras e adicional noturno. Se houver viabilidade, disponibilidade de local, ambiente adequado e todos os recursos necessários para a realização do trabalho, haveria a possibilidade de o empregador autorizar que o trabalhador labore em horários peculiares, visando a sua melhor produtividade, mas com todos os direitos inerentes à jornada controlada. Tal situação poderia ocorrer inclusive após novo disciplinamento por meio de negociação coletiva de trabalho, porquanto esta está acima da CLT, neste aspecto.

O art. 611-A, por sua vez, descreve esta situação em seus incisos I, VIII e IX da seguinte forma:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:
I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
[...]
VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;
IX – Remuneração por produtividade [...] e remuneração por desempenho individual;
[...]

Outrossim, é importante ressaltar que não cabe fazer analogia do regime de teletrabalho com o disposto no art. 62, inciso II, da CLT. Diferentemente da época em

que a CLT foi criada, hoje, o objetivo de algumas entidades patronais, inclusive de natureza bancária, passou praticamente a ser a de burlar as regras para não pagar horas extras, por meio de artifício ardiloso ao se nomear vários níveis de gerentes, quando, na verdade, o que "fecha a porta" é só o trabalhador ocupante do último nível dentre os níveis criados. O mero fato de ser classificado como "gerente" não deveria excluir suas horas extras. Cabe, assim, uma crítica que merece enorme destaque o que consta no inciso V do art. 611-A da CLT, para quem a negociação coletiva está acima da lei quando tratar sobre a identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança, como se fosse atribuição sindical delimitar as funções gerenciais. Do mesmo modo, vale destacar que o inciso III do art. 62 da CLT merece ser criticado, pois o trabalho preponderantemente externo à sua sede ou em outro local designado pela entidade patronal, quando há capacidade de controle da jornada, também deveria ser coberto pelo pagamento das respectivas horas extras e do adicional noturno. No entanto, o teletrabalho, da forma como foi instituído, não disciplina como regra a obrigatoriedade de o tomador de serviço realizar tal controle.

Recebidas suas tarefas e o prazo para entregá-las, contanto que o empregador tenha repassado todas as orientações sobre os cuidados que devem ser tomados para realizar o trabalho de forma a não causar acidente algum ou padecer de alguma doença, é de responsabilidade do funcionário a forma como realizará essas atividades. Há trabalhadores que pretendem trabalhar mais para poderem ter um acréscimo remuneratório ao final do mês (como no caso das horas extras). No entanto, o Direito não tem essa intenção (de querer remunerar a mais pelo serviço prestado), mas a de evitar que o labor não seja extenuante, a fim de proteger o obreiro para que a atividade dentro dos limites legais, resguardando aspectos psicofísicos dos profissionais.

Contudo, se, após passadas as orientações pelo empregador, o trabalhador decide ignorá-las para trabalhar mais, produzindo certamente em maior volume, a fim de obter algum acréscimo remuneratório, que porventura reputar devido, é inconcebível atribuir a culpa de alguma lesão ou doença, resultante deste exagero, ao tomador, considerando que este respeitou exatamente o teor legal.

Portanto, mesmo havendo o reconhecimento de que o limite de jornada é um direito fundamental do trabalhador, mas quando o controle não é exigível ao empregador, que é o caso do teletrabalho, aquele poderia ter que realizar um serviço

que tomasse mais do que 24 (vinte e quatro) horas e seja sua opção se ativar de forma consecutiva sem pausas. Para que isso não ocorra, deve o empregador orientar a seu funcionário que isso não é saudável e até mesmo restringir o acesso do sistema por determinado período de tempo consecutivo, o que seria possível se a única ferramenta produtiva fosse por meio de tal veículo.

4 SUGESTÃO DE REGIME JURÍDICO DO LABOR NOTURNO DO PROFISSIONAL DE TI

O profissional de TI, dentre vários tipos e categorias, é aquele que trabalha com alguns dos setores existentes no campo da informática, seja no de desenvolvimento e testes de sistemas e soluções, ou no de atendimento e suporte ao usuário, bem como nas diversas novas áreas que surgem a cada dia, na velocidade que a tecnologia avança.

Em outros tempos, tal “título” somente era empregado àquele que fosse graduado em um curso de 4 (quatro) anos de alguma faculdade de Ciências da Computação e trabalhasse na área. Atualmente, devido ao grande número de cursos básicos ou especializados nessa área, é possível afirmar que tal requisito já está bem flexibilizado, inclusive porque é comum encontrar profissionais de TI graduados em Engenharia ou Matemática, mas que se descobriram ótimos analistas de sistemas.

A área de TI foi contemplada pela CRFB/1988 em alguns artigos, sendo que, dentre eles, está o art. 218, o qual dispõe no seu §4º que: “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”. Nos 7 (sete) parágrafos do dispositivo, é possível encontrar detalhes sobre tal incentivo do Estado para pesquisa e empresas de TI, bem como o seu empenho ao tratar sobre o tratamento prioritário relativo a entidades desta área, estímulo à atuação no exterior de empresas públicas e privadas do ramo de tecnologia, além de outros aspectos.

Observando-se a rapidez da evolução tecnológica, o incentivo dado pelo Estado e o número crescente de profissionais e empresas dessa área, percebe-se a necessidade de criação de conselhos profissionais para o controle, regulação e orientação das atividades e relações cíveis ou trabalhistas firmadas pela empregadora ou tomadora de serviço. Ademais, outros regramentos podem ser sugeridos para que se tenha um regime jurídico minimamente adequado, a fim de se obter uma razoabilidade na prestação de serviços do profissional de TI no período noturno, o que pode trazer diversas implicações próprias do mundo do Direito, caso não seja devida e claramente disciplinado.

4.1. Criação de conselhos profissionais regionais e federais

Sobre esse tema, é certo afirmar que há notícia de que já houve algumas tentativas de criação de um Conselho da área de TI, dentre elas, cita-se o Projeto de Lei (PL) nº 3.065/2015¹, apresentado pelo Deputado Federal Professor Victório Galli (até então PSC-MT, atualmente PSL-MT), o qual: “Dispõe sobre a regulamentação do exercício das profissões de Analista de Sistemas, Desenvolvedor, Engenheiro de Sistemas, Analista de Redes, Administrador de Banco de Dados, Suporte e suas correlatas, cria o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Informática e dá outras providências”. Apenso a ele, há ainda o PL nº 5.101/2016², apresentado pelo Deputado Federal Alfredo Nascimento (PR/AM), que dispõe sobre a regulamentação do exercício da profissão de Analista de Sistemas e suas correlatas.

Outrossim, cabe destacar que os conselhos profissionais costumam trabalhar para trazer melhorias para a categoria que representam, oferecem cursos de capacitação, lutam por criação de leis que beneficiem seus membros registrados e podem fornecer apoio necessário ao profissional que tem o seu contrato rescindido com a empresa, como a verificação dos cálculos das verbas rescisórias, antes papel dos sindicatos na homologação das contratações que ultrapassassem o período de 1 (um) ano, o que foi modificado com a reforma trabalhista.

Algumas categorias profissionais, como médicos, químicos ou engenheiros, possuem conselhos regionais de impactante atuação em prol das respectivas classes. No caso dos médicos, a atuação profissional, seja como autônomo ou funcionário de algum hospital ou clínica, a inscrição no conselho de Medicina é indispensável. O mesmo pode ser dito em relação aos químicos, conforme Leite (2017, p.318) traz em sua obra, ao dispor que: “A profissão de químico, na condição de autônomo ou empregado, somente poderá ser exercida por aquele que possuir a Carteira Profissional de Químico expedida pelos Conselhos Regionais de Química”, o que não é diferente com os engenheiros e tantos outros profissionais.

O estabelecimento de parcerias com empresas de vendas de produtos ou prestação de serviços, a fim de gerar benefícios aos empregados da categoria,

¹ PL nº 3.065/2015. Situação atual: 15/10/2015, proposição Sujeita à Apreciação Conclusiva pelas Comissões - Art. 24 II.

² PL nº 5.101/2016. Situação atual: 04/05/2016, apense-se à(ao) PL-3065/2015. Proposição Sujeita à Apreciação Conclusiva pelas Comissões - Art. 24 II.

também é um dos pontos benéficos de se poder contar com um órgão de conselho profissional. Ademais, pode ser fundamental para o trabalhador uma parceria ou um convênio, que torne mais acessível o preço de um plano de saúde para ele ou para sua família, por exemplo, bem como descontos para aquisição de um novo veículo (na modalidade de consórcio, inclusive) ou, até mesmo, concessão de incentivos financeiros para viagens de férias com sua respectiva família.

Como observado, é parte fundamental dessa sugestão normativa a efetiva criação dos conselhos profissionais, a qual, além de ajudar na aplicação e fiscalização do atendimento às respectivas normas, visando a proteger a relação existente entre empregado e empregador ou prestador e tomador do serviço com os consequentes direitos e obrigações, ainda pode orientar sobre os regramentos normativos existentes, que tratem sobre o exercício funcional de ambas as partes, aplicáveis à respectiva relação jurídica instituída.

Além do mais, é de suma importância lembrar que o documento de identificação do conselho profissional não substitui a CTPS e não pode ser confundida com a mesma, pois esta última faz referência à identidade do empregado, bem como traz informações específicas dos vínculos de emprego de que este já participou, ao contrário daquele que serve para habilitá-lo ao seu exercício funcional.

4.2. Delimitação de horário noturno específico para a categoria

A prestação de trabalho pode se concretizar, a princípio, em qualquer período do dia ou da noite. Contudo, a prestação noturna de labor é, obviamente, mais desgastante para o trabalhador, sob o ponto de vista biológico, familiar e até mesmo social. O serviço noturno pode provocar no indivíduo uma agressão física e psicológica intensa, por supor o máximo de dedicação de suas forças físicas e mentais em um período no qual o ambiente físico externo induz ao repouso.

Somado a isso, ele também tende a agredir, com substantiva intensidade, a inserção pessoal, familiar e social da pessoa nas micro e macro comunidades em que convive, tornando especialmente penosa para o obreiro a transferência de energia que procede em benefício do empregador. Por essas razões, o Direito do Trabalho costumou conferir um tratamento diferenciado à jornada noturna, em contrapartida ao trabalho realizado durante o dia.

A ordem jurídica, como exposto, estabelece restrições ao exercício do labor noturno, em função do desgaste físico, psicológico, familiar e social que tal período de prestação laboral provoca no trabalhador. A mais importante dessas restrições atinge o obreiro menor de 18 (dezoito) anos (art. 402, CLT). A vedação ao trabalho noturno dos menores é plena no Direito brasileiro. A disciplina constitucional é cristalina nesse sentido (vide o art. 7º, XXXIII, da CRFB/1988), embora tal já constasse em textos legais anteriores a 1988 (como o art. 404 da CLT, no âmbito urbano; e o art. 8º da Lei nº. 5.889/1973, no âmbito rural). Outrossim, o trabalho noturno das mulheres não tem, contudo, qualquer restrição especial, atualmente. As vedações e exigências do art. 379 da CLT (proibindo, inclusive, o trabalho noturno da mulher maior de 18 (dezoito) anos, salvo em alguns setores da economia) já não poderiam produzir efeitos após 5 de outubro de 1988, em virtude de se chocarem frontalmente com o texto constitucional surgido, para quem não se deve tratar homem e mulher de forma distinta, inclusive a remuneração do serviço noturno superior à do diurno, além de se reconhecer a necessidade de haver tutelas especiais para a empregada (art. 5º, *caput* e inciso I e art. 7º, incisos IX e XX, da CRFB/1988). Estavam, pois, tacitamente revogados quaisquer dispositivos que criassem restrições ao labor noturno pela mulher. De todo modo, a subsequente Lei nº 7.855/1989 veio a produzir a revogação expressa de tais dispositivos discriminatórios.

Lado outro, o labor noturno é proibido, como regra geral, no segmento bancário (art. 224, §1º, CLT), mas a própria CLT já na sua origem estabelece inúmeras exceções a tal regramento que enuncia. A vedação, portanto, não se aplica aos trabalhadores que realizam suas funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes ou ocupantes de outros cargos de confiança, desde que observada a percepção de gratificação não inferior a 1/3 (um terço) do salário do cargo efetivo (§2º do art. 224 da CLT) e, quando gerente-geral, a 40% (quarenta por cento) de tal montante (parágrafo único do art. 62 da CLT). Atualmente, o leque é ainda maior de exceções.

Nesse contexto, também não se aplica a vedação celetista aos empregados executores de tarefa pertinente ao movimento de compensação de cheques ou no tocante à computação eletrônica (art. 1º, *caput*, do Decreto-Lei nº. 546/1969). Somem-se a esses casos anteriores os “especiais de atividade bancária de outra

natureza, mediante autorização do Ministro do Trabalho” (art. 1º, §4º, Decreto-Lei nº. 546/1969).

Então, é sugerido que, se o funcionário interrompeu suas atividades às 22h00, é possível que ele retorne no dia seguinte às 09h00, respeitando-se as 11 (onze) horas de intervalo interjornadas, de acordo com o art. 66 da CLT. No entanto, de acordo com a experiência prática e fática observada em empresas do ramo de tecnologia, faz-se aqui a seguinte sugestão de labor noturno para a área de TI, ainda mais considerando a viabilidade trazida pela legislação portuguesa (de noturno ser das 0h00 às 5h00): das 0h00 de um dia às 08h00 do dia seguinte. Isso, portanto, não impediria o labor nesse horário, mas apenas garantiria uma remuneração diferenciada por estar prestando serviço em período que seria, em tese, de descanso. Assim, ressalta-se, ainda, que pode ser do interesse, por parte do profissional, de realizar o trabalho intelectual de madrugada por conta da maior raridade de haver interrupções do serviço por razões sociais, inclusive de família, ou atendimento de ligações, por exemplo.

4.3 Vistorias no posto de trabalho

Ab initio, cumpre registrar que vistorias são realizadas nos locais de trabalho do empregado, atualmente, quando se faz necessário algum tipo de perícia. Percebe-se, assim, que já são feitas nos casos em que o empregado realizou seu labor por um certo período de tempo e ocorreu algum fato a ser investigado ou mesmo demandado por algum Juízo.

O papel das vistorias tem que ser preventivo e não corretivo ou investigativo, após determinado fato. Aferições como as que envolvem a ergonomia do trabalhador ao efetuar seu labor, incluindo a existência ou não de periculosidade ou insalubridade nas atividades desenvolvidas no local de trabalho, são itens básicos que poderiam ser observados, permitindo haver a adequação dos meios empregados, a fim de neutralizar ou, ao menos, diminuir os riscos ambientais existentes, impactando beneficemente na saúde profissional e até mesmo no seu desempenho. A insalubridade talvez seja, desses itens, o mais recorrente nos ambientes de trabalho do profissional de TI. Ambientes com baixa umidade do ar, extremamente gelados e bastante empoeirados acentuam a gravidade deste problema.

Assim, essas vistorias seriam diretamente relacionadas à manutenção da qualidade de vida do empregado no seu ambiente laboral, integrando o programa de prevenção de riscos ambientais (PPRA) do empregador. Tal aspecto visaria a facilitar a obtenção da saciedade das necessidades do trabalhador ao desenvolver suas atividades para o patrão, tendo como ideia básica o fato de que as pessoas são mais produtivas quando mais satisfeitas e envolvidas com o próprio trabalho. Portanto, é importante haver uma conciliação dos interesses dos indivíduos e das organizações, ou seja, ao ser atingida a satisfação do trabalhador dentro do ambiente onde exerce suas atividades, melhora-se, conseqüentemente, a produtividade.

Como sugestão para evitar que o ambiente de trabalho do funcionário seja insalubre, faz-se necessário observar o que está disposto sobre a insalubridade na CLT, em seus arts. 190 e 191, os quais determinam que:

Art. 190 - O Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.

Parágrafo único - As normas referidas neste artigo incluirão medidas de proteção do organismo do trabalhador nas operações que produzem aerodispersóides tóxicos, irritantes, alérgicos ou incômodos.

Art. 191 - A eliminação ou a neutralização da insalubridade ocorrerá:

I - com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância;

II - com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância.

Parágrafo único - Caberá às Delegacias Regionais do Trabalho, comprovada a insalubridade, notificar as empresas, estipulando prazos para sua eliminação ou neutralização, na forma deste artigo.

Diante disso, é sugerido que a empresa realize vistorias no ambiente de trabalho do funcionário, de forma a analisar se há agentes tóxicos, irritantes, alérgicos ou apenas incômodos, a ponto de afetar a saúde do trabalhador ao exercer suas atividades naquele local analisado. Detectados esses agentes, a empresa deverá tomar providências de forma a minimizar ou, ao menos, deixar dentro dos limites aceitáveis o impacto na saúde do obreiro causado pela respectiva exposição.

Ademais, a aferição da existência de insalubridade de forma periódica com a conseqüente orientação do profissional de como atingir um nível de salubridade ideal

para a prestação de serviço, com a participação do patrão, o qual deve se disponibilizar a auxiliá-lo, quando necessário for, demonstrará um interesse por parte do empregador em manter o ambiente adequado ao labor, minimizando uma possível responsabilização por alguma doença adquirida em função deste aspecto, durante as atividades realizadas no ambiente de trabalho ora analisado.

4.4. Sugestão de tratamento de determinadas situações de estudo ou descanso como tempo à disposição do empregador

Algumas atividades desenvolvidas pelo obreiro, enquanto cidadão, não possuem qualquer relação com o seu exercício funcional. Contudo, outras podem se confundir com suas funções laborais quando houver algum desempenho de serviço a requerimento do seu patrão.

Desse modo, o estudo realizado pelo trabalhador, quando voltado para o incremento das atividades desenvolvidas no seu local de prestação de serviços ou em função deste, a fim de, por exemplo, aprimorar seus conhecimentos para uma melhor produtividade ou para tornar viável a solução de exercícios de maior complexidade, deve ser considerado tempo à disposição do patrão, visto que, nesta hipótese, tal não seria voltado ao proveito pessoal do trabalhador, mas para melhor desempenhar suas atividades laborais, sempre que seja exigido pelo empregador, o que é muito comum quando se requer a realização de cursos online.

Outrossim, quando está se tratando do funcionário que realizou seu labor em uma jornada noturna integral ou após um período de intensa atividade intelectual, ainda que seja no turno da manhã e/ou da tarde, na busca de soluções para determinados problemas, deve ser recomendado um descanso ao trabalhador, mesmo que a concessão desta pausa seja de cumprimento facultativo pelo empregador, a fim de evitar uma possível fadiga, queda no seu desempenho e falta de concentração nas atividades.

Lado outro, a alteração trazida pela reforma trabalhista não levou em consideração a natureza do tipo ou objetivo do estudo, ao dispor, em seu inciso IV, do § 2º, do art. 4º, que, pura e simplesmente, não pode ser considerado como tempo à disposição do empregador, conforme se pode observar adiante:

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

[...]

§ 2º Por não se considerar tempo à disposição do empregador, não será computado como período extraordinário o que exceder a jornada normal, [...], quando o empregado, por escolha própria, buscar proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas, bem como adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para exercer atividades particulares, entre outras:

[...]

II – descanso;

[...]

IV – estudo;

A reforma, ao incluir o estudo, de forma genérica, não observou o objetivo de determinadas atividades realizadas e a que custo são desenvolvidas. Dessa forma, sugere-se que o estudo, o qual possua relação direta ou indiretamente com as funções profissionais perante seu empregador, seja considerado tempo à disposição deste. Da mesma forma, como tratado no parágrafo anterior, o descanso para melhora de produtividade ou do nível de concentração do seu obreiro deve ser visto pelo empregador como benéfico à empresa e não como tempo de lazer ou de mero proveito pessoal do funcionário.

Essa faculdade, visando a um melhor entendimento por parte do empregador, pode ser tratada em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, de modo a medir sua produtividade e seu desempenho para remunerá-lo de acordo com a meta atingida, conforme apresenta o inciso IX do art. 611-A da CLT, já citado.

A adoção dessa sugestão pela entidade patronal estimularia que os funcionários buscassem, observados determinados limites legais, uma atualização profissional, a fim de executar suas tarefas da melhor forma possível, o que iria gerar benefícios para a empresa por meio do incremento dos resultados, os quais seriam atingidos, em virtude dessa constante capacitação.

4.5. Aplicação subsidiária das normas gerais

Como em todo regime jurídico, devem existir regras especiais e a possibilidade de aplicação subsidiária de regras mais gerais.

Partindo-se dessa premissa, utilizando-se das supracitadas sugestões normativas como referência para futuros contratos, deveria, ainda, ser aplicável a estes, naquilo que não fossem incompatíveis com as regras que seriam

consideradas especiais, as disposições da CLT. Por exemplo, o art. 66 da CLT disciplina a necessidade de haver 11 (onze) horas consecutivas de intervalo interjornadas, o que, na ausência de disciplina específica, seria aplicável ao regime jurídico do profissional de TI, além de todas as matérias não tratadas nas proposições apresentadas, evitando-se lacunas.

Essa aplicação subsidiária já foi feita em situações semelhantes, como no caso da Lei Complementar (LC) nº 150/2015, que trata sobre o trabalho doméstico, conforme Cairo Jr (2017, p.408) aponta, ao defender que:

A Consolidação das Leis do Trabalho não se aplicava, em regra, aos empregados domésticos. A LC nº 150/15 acaba com a discussão doutrinária e jurisprudencial e passa a determinar a aplicação subsidiária da CLT para disciplinar a relação de emprego doméstica em caso de omissão em seus dispositivos.

Ademais, dispõe o parágrafo único do art. 8º da CLT que o Direito Comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste. Subsidiário tem o sentido do que vem em “reforço” ou “apoio de”. É o que irá ajudar, sendo aplicado em caráter supletivo ou complementar. Assim, o Direito Comum será fonte secundária ou supletiva da CLT, na omissão desta. Nesse mesmo sentido, a CLT será fonte secundária em caso de omissões quanto às normas sugeridas nesta pesquisa. Vale frisar que não seria apenas tal diploma consolidado a ser aplicável subsidiariamente ao obreiro da categoria em estudo, mas outros que disciplinam matérias relevantes.

Sendo assim, observadas as peculiaridades do trabalho do profissional de TI, aplicar-se-iam a ele as normas gerais da Seguridade Social e da legislação trabalhista, em especial as Leis nº 605, de 5 de janeiro de 1949 (do repouso semanal remunerado), nº 4.090, de 13 de julho de 1962, nº 4.749, de 12 de agosto de 1965 (ambas sobre a gratificação natalina), e nº 7.418, de 16 de dezembro de 1985 (do vale-transporte), além da própria CLT.

5 CONCLUSÃO

A sugestão de normas orientadoras e utilização destas como referências para a contratação de profissionais de TI, na prestação de serviço em horário noturno, pode gerar como consequência profissionais mais satisfeitos, com maior produtividade e apresentando menos doenças relativas ao trabalho.

Da mesma forma, caso as sugestões normativas apresentadas sejam seguidas, tanto o empregado como o empregador estarão diminuindo as chances de haver algum embate jurídico quando este contrato chegar ao fim, em virtude de se ter maior equilíbrio entre direitos e deveres relacionados a ambas as partes para o respectivo disciplinamento contratual.

Ademais, a prestação de trabalho é realizada rotineiramente durante o horário diurno ou comercial, compreendido entre as 08h00 e 18h00. Por outro lado, o trabalho noturno é aquele em que o trabalhador labora quando deveria estar descansando. Esse labor pode trazer consequências para os profissionais de diversos segmentos, a exemplo de afetar o aspecto psicobiológico, pois o corpo humano sem o descanso adequado após um dia intenso de atividades poderá reagir negativamente, prejudicando a realização das tarefas no dia seguinte. São várias as patologias possíveis de serem identificadas por tal razão, tais quais as doenças cardiovasculares, diabetes, aumento da pressão arterial, obesidade, entre outras. Por último, mas não menos importante, cabe registrar que esse “terceiro turno” (o da madrugada), a depender de como for desempenhado, pode agredir de forma impactante o aspecto social, considerando que o patrão pode exigir uma jornada extenuante, após um dia inteiro fora de sua residência. O conveniente é que, se houver serviço na madrugada, haja tempo suficiente para o descanso interjornadas, como ocorre com qualquer profissional. Caso contrário, o prejuízo a se dar pode ser de natureza existencial, considerando que, se o trabalhador ocupar o seu dia inteiro com atividade profissional, deixará de cuidar de seus projetos pessoais, da sua família ou até mesmo da sua vida social como um todo. Com isso, esses últimos focos de atenção restariam prejudicados com o labor em horário noturno, quando também desenvolvido no período diurno de maneira acumulada, o que justifica a preocupação do Direito do Trabalho de tutelar regras limitadoras ao exercício do poder hierárquico pelo empregador, reconhecendo inclusive que a melhor pausa biológica para se dormir é aquela compreendida entre as 20h00 e 5h00 do dia

seguinte, a depender da categoria regulamentada. Todavia, considerando as características e necessidades peculiares do profissional de TI, é possível, até mesmo amparado por legislação portuguesa, que tal período noturno tenha seu início à 0h00 e finde às 8h00 do mesmo dia.

Em relação ao contrato de trabalho intermitente, é importante destacar que há um alerta que deve ser levado em consideração, em relação à lógica da contratação, observando-se o dever, inerente ao empregador, de ocupação efetiva do trabalhador, a fim de que não seja alvo de uma mera opção de o tomador de serviços ter a seu dispor a mão de obra profissional apenas na “hora” em que lhe convier, independentemente de se saber os horários, os dias da semana e a frequência destes chamados. Trata-se de algo que deve ser debatido, considerando que o obreiro se encontra em total insegurança financeira e profissional, sempre na expectativa por uma convocação mediante chamado, cuja remuneração só será adimplida em caso de efetivo serviço. Desse modo, por se perceber ser caso de flagrante hipossuficiência e vulnerabilidade por parte do empregado, deveria haver ainda uma modificação na CLT de modo a responsabilizar o empregador por não atribuir atividades para estes funcionários, limitando o período de inatividade a, no máximo, 6 (seis) meses, sob pena de pagamento de multa diária com base no valor do salário-dia mínimo, incidente até o momento em que o patrão der baixa na respectiva carteira de trabalho. Ultrapassar tal prazo demonstraria que a entidade patronal estaria adotando comportamento inadequado e que merece ser repreendido, pois não estaria exercendo corretamente o seu dever de ocupação efetiva perante seus funcionários, mas é algo que a CLT, de fato, hoje, permite, quando dispõe ser possível haver períodos de inatividade, sem limitá-los, a exemplo do que fez a medida provisória supracitada.

No que tange ao teletrabalho, é importante lembrar que a CLT, ao ser instituída na década de 1940, trouxe a questão da incompatibilidade ou impossibilidade de controle de jornada em atividade externa, pois, na época, os meios telemáticos, os quais poderiam ser utilizados para identificação da prestação de serviço à distância, eram extremamente restritos. Inexistia internet para a população, bem assim aparelhos de telefonia móvel, tão populares atualmente, sendo a comunicação por cartas, telegramas ou algum outro meio disponível da época, o que, de fato, impossibilitava ao empregador um real mecanismo de controle com relação às atividades desenvolvidas pelo empregado. Assim, nada mais justo

do que incluir no art. 62 da CLT o vendedor externo, o empregado viajante ou, como já foi o caso, os caminhoneiros, cargos em que o controle sobre o local onde o obreiro se encontraria ou atividades que estaria realizando no momento eram praticamente impossíveis de serem comprovadas ao tempo em que eram desenvolvidas. Atualmente, com a internet acessível para todos, popularização dos telefones celulares que já vem, inclusive, com GPS, não há que se falar na incompatibilidade ou impossibilidade levantada na década de 1940, mas em uma inexigibilidade de controle de jornada por parte do empregador, cuja permissão é conferida por lei, visto que há diversos meios disponíveis para tal.

Além do mais, sobre o regime de labor noturno para o profissional de TI, foram apresentados textos para potenciais alterações normativas, a exemplo da sugestão para criação de: a) conselhos profissionais regionais e federais; b) regramento de horário noturno específico para a categoria; c) normas orientadoras e que poderiam integrar o PPRA, com o intuito de serem realizadas vistorias no posto de trabalho; d) regramento disciplinando, como tempo à disposição do empregador, em determinadas situações, o período de estudo e descanso do trabalhador; e e) norma permitindo a aplicação subsidiária da CLT e de outras regras gerais naquilo que não forem incompatíveis com as regras especiais ora sugeridas.

A criação de conselhos profissionais, regionais e federais, para a área de TI, asseguraria a defesa e disciplina do exercício profissional, representando, em juízo e fora dele, os interesses gerais e individuais dos profissionais de TI, visando a garantir, ainda, a qualidade dos serviços prestados às empresas e à sociedade em geral. Os próprios conselhos auxiliariam na aplicação e fiscalização das sugestões normativas apresentadas neste trabalho.

O estabelecimento do horário noturno específico da categoria serviria como referência para empregados e empregadores, a fim de prover maior segurança jurídica, considerando as peculiaridades em que o serviço é prestado, considerando-se que muitas vezes a madrugada passa a ser o melhor turno para obter maior produtividade e desempenho.

No que tange às vistorias no posto de trabalho, é possível concluir que se trata de algo fundamental para o empregador e para o empregado. Caso o empregador, em alguma vistoria realizada, consiga detectar precariedade da luminosidade do local, falhas na infraestrutura, como assentos danificados ou o próprio local em que o serviço é prestado seja inadequado, tornar-se-ia possível se

restringir ou deslocar o obreiro para o desenvolvimento das atividades apenas na sede do tomador ou, o inverso, permitindo temporariamente o teletrabalho, com o intuito de evitar que este obreiro contraia doenças ou sofra lesões, inclusive quando não foram de responsabilidade exclusiva da empresa. Para o trabalhador, pode ser encarado como um cuidado com a sua saúde, mas, para o empregador, seria uma cautela necessária de modo a não gerar possíveis ajuizamentos de demandas trabalhistas.

Algo que igualmente pode ser útil para tal propósito é o reconhecimento patronal de que determinados estudos e descansos precisam ser considerados como tempo à sua disposição, conferindo maior segurança jurídica a tais relações trabalhistas.

Ainda para esse mister, permitir a aplicação subsidiária de regras gerais, quando compatíveis com os disciplinamentos especiais é norma plenamente justificável, pois é o que se aguarda que ocorra em qualquer regime jurídico.

Por fim, conclui-se que as sugestões normativas apresentadas neste trabalho não exaurem os cuidados e benefícios em relação aos obreiros e seus empregadores, mas podem servir de base para um melhor relacionamento entre estes, bem como podem render frutos de melhor qualidade produtiva resultantes do labor de um profissional de TI mais satisfeito, por encontrar um ambiente seguro, saudável e decente. Desse modo, com os disciplinamentos aqui delineados, será possível tutelar a jornada laboral do profissional de TI para prestação de serviço noturno, conferindo maior isonomia à categoria, pelo que resta confirmada a hipótese desta pesquisa.

6 REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

_____. **Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

BRASIL. Câmara dos Deputados, **Projeto de Lei 3.065**, de 22 de setembro de 2015. Dispõe sobre a regulamentação do exercício das profissões de Analista de Sistemas, Desenvolvedor, Engenheiro de Sistemas, Analista de Redes, Administrador de Banco de Dados, Suporte e suas correlatas, cria o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Informática e dá outras providências. Situação atual: 15/10/2015, proposição Sujeita à Apreciação Conclusiva pelas Comissões - Art. 24 II. Brasília, 22.set 2015.

_____. Câmara dos Deputados, **Projeto de Lei 5.101**, de 27 de abril de 2016. Dispõe sobre a regulamentação do exercício da profissão de Analista de Sistemas e suas correlatas. PL nº 5.101/2016. Situação atual: 04/05/2016, apense-se à(ao) PL-3065/2015. Proposição Sujeita à Apreciação Conclusiva pelas Comissões - Art. 24 II. Brasília, 27.abr 2016.

_____. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: RT, 2002.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. **Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 2001. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccvil/Decreto-Lei/Del5452.htm>>. Acesso em 24 out. 2018.

_____, **Lei nº 13.467**, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 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.

_____, **Lei Complementar nº 150**, de 1 de junho de 2015. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis no 8.212, de 24 de julho de 1991, no 8.213, de 24 de julho de 1991, e no 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3o da Lei no 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei no 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei no 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. Brasília, 1.jun 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 60**. Adicional noturno. Integração no salário e prorrogação em horário diurno. Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-60>. Acesso em: 22.out 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 213**. É devido o adicional de serviço noturno, ainda que sujeito o empregado a regime de revezamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4142>>. Acesso em: 10.nov 2018

CAIRO JR., José. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Comentários à reforma trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 13.

CISNEIROS, Gustavo. **Direito do trabalho sintetizado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 20.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 2017.

_____. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

FREITAS, Ives Faiad. **Teletrabalhador e a configuração do vínculo empregatício**: análise das teorias da parassubordinação e a subordinação estrutural. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, ano 13, nº 979. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2531/teletrabalhador-configuracao-vinculo-empregaticio-analise-teorias-parassubordinacao-subordinacao-estrutural>>. Acesso em: 1 out. 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PORTUGAL. **Lei n.º 7, de 12 de fevereiro de 2009**. Aprova a revisão do Código do Trabalho. Lisboa, 12.fev 2009. Disponível em <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT20032018.pdf#page=66>>. Acesso em: 9 nov. 2018.

SANTOS, Élisson Miessa dos; Correia, Henrique Lima. **Manual da Reforma Trabalhista**: Lei 13.467/2017 O QUE MUDOU? Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 135 e 136.

SILVA, Homero Mateus da. **Comentários a reforma trabalhista** [livro eletrônico]. São Paulo: RT, 2017.