

Teletrabalho na pandemia

06/11/2020

Este texto integra o dossiê COVID-19, produzido pela DataLABOR, no qual se promove uma análise integrada acerca do impacto desta pandemia no mercado de trabalho e da legislação mais relevante aprovada neste contexto nas áreas do trabalho e da proteção social. Neste caso, promove-se uma análise dos elementos fundamentais do regime geral de teletrabalho previsto no Código do Trabalho e da legislação aprovada relativa a este regime de trabalho no contexto da pandemia.

1. Regime Geral (Código do Trabalho)

O teletrabalho consiste na prestação de serviço, realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa do empregador, e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação.

Tal como sucede com a generalidade das relações de trabalho atípicas, como condição de validade da constituição do vínculo, a redução a escrito do respetivo contrato é obrigatória, como também o é a verificação de um conjunto de formalidades, das quais ressalta a referência expressa à modalidade de prestação de serviço em teletrabalho.

Outra das características marcantes do teletrabalho no nosso ordenamento nacional é o princípio geral de liberdade contratual que determina que a celebração, ainda que a posteriori e com duração temporalmente limitada, não pode resultar de imposição, mas tão-só do encontro de vontades de ambas as partes, garantindo-se a bilateralidade na opção de escolha pelo teletrabalho. As únicas exceções a esse princípio admitidas no Código do Trabalho dizem respeito a trabalhadores vítimas de violência doméstica, quando o teletrabalho for compatível com a atividade desempenhada (n.º2 do art.166.º e n.º1 do art. 195.º do Código do Trabalho) e de trabalhadores com filhos com idade até 3 anos, desde que o teletrabalho seja compatível com a atividade desempenhada e se verifique a existência de recursos e meios para o efeito, por parte do empregador (n.º3 do art.166.º do Código do Trabalho). Nestas situações e verificados os respetivos pressupostos, o trabalhador pode optar unilateralmente pela prestação de serviço em regime de teletrabalho.

A igualdade de direitos e obrigações entre o teletrabalhador e os demais trabalhadores que prestem serviço sem recurso a esta figura é outra das características fundamentais do teletrabalho. Como também o é o direito à privacidade (de forma a assegurar a conciliação entre a vida familiar e profissional, bem como boas condições de trabalho, do ponto de vista físico e moral). Estabeleceu-se, para esse efeito, que quando o teletrabalho fosse prestado no domicílio do trabalhador as visitas ao local de trabalho apenas podem ter como fim o controlo da atividade desempenhada e apenas podem ocorrer entre as 9h e as 19h, sempre com a assistência do trabalhador ou por alguém por si designado. Também no que concerne ao regime de segurança, higiene e saúde no trabalho, bem como aos regimes de acidentes de trabalho e doença profissionais, a solução legislativa preconizada não procede a uma excecionalidade de regime no que respeita aos teletrabalhadores, salvaguardando, por exemplo, a realização de exames periódicos e particularmente o fornecimento de equipamento de proteção visual.

No que se refere à propriedade dos instrumentos e ferramentas de trabalho, estabeleceu-se a presunção de que, na ausência de estipulação contratual em contrário, a regra geral é a de que tais instrumentos pertencem ao empregador, cabendo-lhe, por isso, proceder à instalação e manutenção do equipamento, além de custear as despesas inerentes a essa utilização. O legislador optou por estabelecer de forma expressa, para o teletrabalho, um conjunto de obrigações que resultam, previamente, dos deveres genéricos do trabalhador como o respeito pelas regras de utilização e funcionamento dos equipamentos disponibilizados e a proibição, salvo estipulação em contrário, de utilização dos instrumentos de trabalho para uso diverso do inerente à prestação de trabalho.

Com o intuito de clarificar os tempos de trabalho nesta modalidade contratual, determinou-se que os teletrabalhadores estão sujeitos aos mesmos limites diários e semanais dos demais trabalhadores e que, também desse modo, podem prestar serviço em regime de isenção de horário.¹

Além do dever genérico de formação profissional, estabeleceu-se um dever do empregador proporcionar formação específica na área das tecnologias de informação e comunicação necessárias à execução do serviço pelo teletrabalhador. Nesse conjunto de deveres secundários das partes, o legislador reiterou a obrigação de sigilo no que respeita a informações e técnicas confiadas pelo empregador (que já decorre dos deveres genéricos associados à prestação de trabalho) e determinou a obrigação do empregador promover o contacto do teletrabalhador com a empresa e com os demais colegas de forma a obstar ao seu isolamento.

Finalmente, a lei exige que sejam criadas condições para um exercício efetivo de direitos laborais de dimensão coletiva. Assim, foi estabelecido que o teletrabalhador é considerado no cálculo para o limiar mínimo para a constituição de estruturas de representação coletiva, usufruindo dos mesmos direitos de participação dos demais trabalhadores, nomeadamente no que se refere à possibilidade de candidatar-se a esses órgãos. Da mesma forma, garantiu-se a possibilidade de as comissões de trabalhadores e as associações sindicais poderem, através das tecnologias de informação e de comunicação habitualmente utilizadas pelo teletrabalhador, proceder ao exercício do seu direito de afixação e divulgação de textos, convocatórias, comunicações ou informações. Neste contexto também é proporcionada ao teletrabalhador a possibilidade de participar nas reuniões promovidas no local de trabalho pelas estruturas de representação coletiva dos trabalhadores, nomeadamente através daquelas tecnologias de informação e de comunicação.

Legislação aplicável: arts. 165.º a 171.º, da Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro (Código do Trabalho)

2. Primeira fase: a obrigação de desempenho da atividade em regime de teletrabalho durante o confinamento

No contexto do confinamento, o teletrabalho, mais do que uma faculdade ou um direito, converteu-se numa obrigação: o artigo 6.º do Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março (que regulamentou a aplicação do estado de emergência decretado pelo Presidente da República) estabeleceu, expressamente, que era “obrigatória a adoção do regime de teletrabalho, independentemente do vínculo laboral, sempre que as funções em causa o permitam”. Sendo certo que, anteriormente, já o art. 29.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, estipulava que “o regime de prestação subordinada de teletrabalho pode ser determinado unilateralmente pelo empregador ou requerida pelo trabalhador, sem necessidade de acordo das partes, desde que compatível com as funções exercidas”.

Igualmente relevante, mesmo neste regime de exceção, foi a garantia de que o trabalhador na situação de teletrabalho manteria os mesmos direitos que detinha à data da execução da sua atividade num modo presencial, no local de trabalho.

A grande alteração do paradigma do regime jurídico do teletrabalho, introduzido por esta legislação, consiste na eliminação do princípio da liberdade negocial, constante do regime “geral” previsto no Código do Trabalho. Isto é, na eliminação da necessidade de encontro da vontade das partes.

Deste modo, para que o recurso ao teletrabalho fosse possível era apenas necessário que se verificassem duas condições: uma das partes o requeresse e o teletrabalho fosse compatível com as funções exercida pelo trabalhador. Essa compatibilidade, por sua vez, deverá sempre ser aferida pela possibilidade de o trabalhador desempenhar as suas funções com recurso a tecnologias de informação e de comunicação, de forma remota.

¹ Essa solução legislativa afigura-se problemática na medida em que o potencial de conflito entre a privacidade do trabalhador e a prestação de trabalho é enorme e, ao contrário do que poderá suceder nas situações em que o trabalho é prestado no seio da estrutura do empregador, a possibilidade de fiscalização é, no mínimo, escassa.

Legislação relevante: art. 29.º Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março e artigo 6.º do Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março (normas entretanto revogadas)

3. Segunda fase: as novas regras de desempenho da atividade da atividade no desconfinamento

Com o desconfinamento progressivo o regime jurídico “excepcional” do teletrabalho voltou a sofrer um conjunto de alterações.

A principal alteração introduzida assentou na eliminação da possibilidade de imposição unilateral para a prestação de serviço em teletrabalho, consagrada pela legislação que vigorou durante o estado de emergência. Apesar disso, foram salvaguardadas diversas categorias de trabalhadores relativamente às quais o empregador não pode obstar ao desempenho do serviço em regime de teletrabalho, ressaltando, assim, relativamente a estas, a possibilidade de uma das partes poder impor à outra a prestação da atividade em teletrabalho, mesmo sem necessidade de acordo (trabalhador, mediante certificação médica, que se encontre abrangido pelo regime excepcional de proteção de imunodeprimidos e doentes crónicos; trabalhador com deficiência, com grau de incapacidade igual ou superior a 60%; quando os espaços físicos e a organização do trabalho não permitam o cumprimento das orientações da DGS e da Autoridade para as Condições do Trabalho sobre a matéria, na estrita medida do necessário).

Há uma previsão normativa específica que cria na esfera jurídica do empregador a obrigação de proporcionar ao trabalhador condições de segurança e saúde adequadas à prevenção de riscos de contágio decorrentes da pandemia COVID-19, podendo para o efeito recorrer ao teletrabalho, nos moldes previstos no Código do Trabalho, fazendo, assim, regressar o princípio da autonomia negocial. Além das exceções acima referidas, mantém-se em vigor o disposto no Código do Trabalho, no que respeita à possibilidade de imposição unilateral do teletrabalho por uma das partes (trabalhador vítima de violência doméstica, trabalhador com filhos com idade até três anos, quando o teletrabalho for compatível com a atividade desempenhada e se verifique a existência de recursos e meios para o efeito, por parte do empregador).²

Finalmente, verifica-se, ainda, a possibilidade de implementação, dentro dos limites máximos do período normal de trabalho e com respeito pelo direito ao descanso diário e semanal, medidas de prevenção e mitigação dos riscos decorrentes da pandemia, nomeadamente no que se refere à adoção de escalas de rotatividade de trabalhadores entre o regime de teletrabalho e o trabalho prestado no local de trabalho habitual, diárias ou semanais.

Legislação relevante: art. 4.º do Anexo da Resolução do Conselho de Ministros n.º 70-A/2020 de 11 de setembro (revogada) e art. 4.º do Anexo da Resolução do Conselho de Ministros n.º 88-A/2020 de 14 de outubro

4. Terceira fase: as novas regras de desempenho da atividade em regime de teletrabalho no início da 2.ª vaga da pandemia

Atendendo à situação epidemiológica, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 92-A/2020, de 02/11 procedeu à renovação da situação de calamidade em todo o território nacional continental

Assim, em contexto de organização de trabalho, tornou-se obrigatória a adoção do regime de teletrabalho, sempre que as funções em causa o permitam, nas seguintes condições adiante descritas.

Consagrou-se, desde logo, um dever genérico do empregador proporcionar ao trabalhador condições de segurança e saúde adequadas à prevenção de riscos de contágio decorrentes da pandemia da

² Considerando a generalização do recurso ao teletrabalho durante o período de confinamento, afigura-se difícil, por exemplo, que, quando o trabalhador tenha filhos com idade até três anos e tenha prestado serviço em teletrabalho durante a vigência do estado de emergência, o empregador possa opor-se agora à realização da atividade à distância e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação porquanto se encontram quase automaticamente preenchidos os requisitos da compatibilidade com as funções desempenhadas e da existência de recursos e meios para o efeito.

doença COVID-19, podendo, nomeadamente, adotar o regime de teletrabalho, nos termos previstos no Código do Trabalho.

Contudo, sem prejuízo da possibilidade de recurso ao teletrabalho nos termos gerais, este regime passou a ser obrigatório quando requerido pelo trabalhador, independentemente do vínculo laboral e sempre que as funções em causa o permitam, nas seguintes situações:

- a) O trabalhador, mediante certificação médica, se encontrar abrangido pelo regime excecional de proteção de imunodeprimidos e doentes crónicos, nos termos do artigo 25.º-A do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, na sua redação atual;
- b) O trabalhador com deficiência, com grau de incapacidade igual ou superior a 60 %;
- c) O trabalhador com filho ou outro dependente a cargo que seja menor de 12 anos, ou, independentemente da idade, com deficiência ou doença crónica, que, de acordo com as orientações da autoridade de saúde, seja considerado doente de risco e que se encontre impossibilitado de assistir às atividades letivas e formativas presenciais em contexto de grupo ou turma, nos termos do Despacho n.º 8553-A/2020, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 173, de 4 de setembro de 2020.

Além disso, essa mesma obrigatoriedade passou a verificar-se, independentemente do vínculo laboral e sempre que as funções em causa o permitam, quando os espaços físicos e a organização do trabalho não permitam o cumprimento das orientações da DGS e da Autoridade para as Condições do Trabalho.

Nas situações em que não seja adotado o regime de teletrabalho nos termos previstos no Código do Trabalho, há a possibilidade de implementação, dentro dos limites máximos do período normal de trabalho e com respeito pelo direito ao descanso diário e semanal previstos, de medidas de prevenção e mitigação dos riscos decorrentes da pandemia da doença COVID-19, nomeadamente a adoção de escalas de rotatividade de trabalhadores entre o regime de teletrabalho e o trabalho prestado no local de trabalho habitual.

Com a publicação do Decreto-Lei n.º 94-A/2020, de 3 de Novembro de 2020, que adita o art. 5.º -A ao Decreto-Lei n.º 79-A/2020, de 1 de Outubro, a adoção do regime de teletrabalho torna-se obrigatória, independentemente do vínculo laboral, sempre que as funções em causa o permitam e o trabalhador disponha de condições para as exercer, sem necessidade de acordo escrito entre o empregador e o trabalhador.

Excecionalmente, quando entenda não estarem reunidas as condições previstas no número anterior, o empregador deve comunicar, fundamentadamente e por escrito, ao trabalhador a sua decisão, competindo-lhe demonstrar que as funções em causa não são compatíveis com o regime do teletrabalho ou a falta de condições técnicas adequadas para a sua implementação.

O trabalhador pode, nos três dias úteis posteriores à comunicação do empregador, solicitar à Autoridade para as Condições do Trabalho a verificação dos requisitos referidos, que aprecia a matéria e decide no prazo de cinco dias úteis, tendo em conta, nomeadamente, a atividade para que o trabalhador foi contratado e o exercício anterior da atividade em regime de teletrabalho ou através de outros meios de prestação de trabalho à distância.

O empregador deve disponibilizar os equipamentos de trabalho e de comunicação necessários à prestação de trabalho em regime de teletrabalho.

Quando tal disponibilização não seja possível e o trabalhador assim o consinta, o teletrabalho, pode ser realizado através dos meios que o trabalhador detenha, competindo ao empregador a devida programação e adaptação às necessidades inerentes à prestação do teletrabalho.

O trabalhador que não disponha de condições para exercer as funções em regime de teletrabalho, nomeadamente condições técnicas ou habitacionais adequadas, deve informar o empregador, por escrito, dos motivos do seu impedimento.

O trabalhador em regime de teletrabalho tem os mesmos direitos e deveres dos demais trabalhadores, sem redução de retribuição, nos termos previstos no Código do Trabalho ou em Instrumento de regulamentação coletiva aplicável, nomeadamente no que se refere a limites do período normal de trabalho e outras condições de trabalho, segurança e saúde no trabalho e reparação de danos emergentes de acidente de trabalho ou doença profissional, mantendo ainda o direito a receber o subsídio de refeição que já lhe fosse devido.

Esta faculdade não é aplicável aos trabalhadores de serviços essenciais, devidamente identificados nos termos da lei.

Legislação relevante: Decreto-Lei n.º 94-A/2020, de 3 de novembro de 2020, que adita o art. 5.º -A ao Decreto-Lei n.º 79-A/2020, de 1 de outubro e art. 4.º do Anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 92-A/2020, de 2 de novembro.