

COMPATIBILIDADE JURÍDICA ENTRE ADICIONAL DE HORA-EXTRA E O CONTRATO DE TELETRABALHO

LEGAL COMPATIBILITY BETWEEN ADDITIONAL EXTRA HOURS AND THE TELET WORK CONTRACT

Rafael Niebuhr Maia de Oliveira¹

Siliana Maiara Porto Maia de Oliveira²

RESUMO

Trata-se de pesquisa qualitativa exploratória, de procedimento monográfico, de abordagem dedutiva, objetivando a análise da compatibilidade jurídica entre os institutos do adicional de horas extras (art. 59) e do teletrabalho (art. 75-A e seguintes) em face do previsto no inc. III do art. 62 da CLT que, em tese, afastaria destes trabalhadores o direito ao recebimento do citado adicional. Com base nas fontes adotadas, pode-se afirmar que a vedação legal embora gere presunção *juris tantum* em favor do empregador, não impossibilita a condenação ao pagamento do adicional de horas extras em duas hipóteses, cujo ônus da prova incumbirá ao empregado: quando houver controle de jornada por meio de dispositivos eletrônicos, e/ou quando o volume de trabalho exigido do trabalhador seja incompatível com a produção exigível de um homem médio em jornada regular de trabalho.

Palavras-chave: Adicional de horas extras; Teletrabalho; Controle de jornada; Reforma Trabalhista;

ABSTRACT

This is an exploratory qualitative research, with a monographic procedure, with a deductive approach, aiming at analyzing the legal compatibility between the institutes for additional overtime (art. 59) and telework (art. 75-A and following) in the face of foreseen in inc. III of art. 62 of the CLT which, in theory, would remove the right of these workers to receive the additional sum. Based on the sources adopted, it can be affirmed that the legal prohibition, although generating legal presumption in favor of the employer, does not preclude the condemnation of the payment of the additional overtime in two cases, whose burden of proof will be incumbent on the

¹ Mestre em Direito pela UFSC; Advogado inscrito nos quadros da OAB/SC sob o n. 25.993. Conselheiro Estadual da OAB/SC Triênio 2019-2021. Presidente da OAB Subseção de Brusque/SC Triênio 2022-2024. Professor das Disciplinas de Processo Constitucional, Processo Civil, Direito Empresarial – Societário e Direito Eleitoral do Centro Universitário de Brusque - UNIFEBE – Brusque/SC. Professor de Pós-Graduação (MBA) junto ao Instituto Valor Humano, INPG Excelsu, UNIVALI e UNIFEBE. Coordenador dos Cursos de Especialização em Direito do Trabalho e Previdenciário e Direito Civil e Processo Civil, ambos da UNIFEBE. E-mail: rafaelmaiaadv@gmail.com

² Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela UNIFEBE. Vice-Presidente da Comissão da Mulher Advogada da OAB Subseção de Brusque/SC.

employee: when there is control working hours through electronic devices, and /or when the workload required of the worker is incompatible with the production required of an average man on a regular working day.

Keywords: Additional overtime. Teleworking. Journey control. Labor Reform.

1. INTRODUÇÃO

A modernização das relações econômicas e sociais provocaram significativas mudanças nas relações laborais que impulsionaram uma série de mudanças legislativas com o escopo de adaptar a legislação as relações laborais hodiernas. Este projeto recentemente desemboca na Lei 13.467/2017, a Reforma Trabalhista, que ao alterar mais de uma centena de dispositivos da CLT e de outras leis incidentes sobre o Direito do Trabalho, tratou por regulamentar o teletrabalho, que já era praticado há alguns anos no país.

Dentro deste objetivo, disciplinou-se uma série de regras específicas a esta modalidade de relação empregatícia, disposta no capítulo II-A da CLT, entre os artigos 75-A a 76-A, além de mais duas menções a esta hipótese, junto ao art. 611-A, inc. VIII (quando prevê a possibilidade de negociação coletiva sobre teletrabalho) e no inc. III do art. 62 que equiparou esta modalidade ao trabalho externo incompatível com controle de jornada e cargo de gerente, para fins de exclusão ao controle de jornada e, conseqüentemente, do direito de recebimento de adicional pelo labor em horas extraordinárias.

Constitui-se como objeto deste capítulo, a análise da compatibilidade jurídica entre os institutos do adicional de horas extras (art. 59) e do teletrabalho (art. 75-A e seguintes) em face do previsto no inc. III do art. 62 da CLT que, em tese, afastaria estes trabalhadores do direito ao recebimento do citado adicional.

No afã de cumprir este desiderato, utilizar-se-á de pesquisa qualitativa exploratória, de procedimento monográfico, de abordagem dedutiva e técnica de pesquisa bibliográfica, na qual se abordará, em um primeiro momento, as noções gerais acerca do instituto do teletrabalho, para na sequência explorar alguns dos infortúnios que esta modalidade pode causar aos trabalhadores, para, na sequência, investigar se há possibilidade de se condenar um empregador ao pagamento de adicional de horas extras em favor de empregado contratado sob esta modalidade laboral.

2. NOÇÕES GERAIS DO TELETRABALHO

A modalidade de labor cunhada por teletrabalho, é, nas palavras de Gustavo Felipe Barbosa Garcia (2017, p.141) uma modalidade de trabalho a distância, típica dos tempos modernos, em que o avanço da tecnologia permite o labor preponderantemente fora do estabelecimento do empregador (normalmente na própria residência do empregado), embora mantendo o contato com este por meio de recursos eletrônicos e de informática, principalmente o computador e a internet.

Nas palavras de Fincato (2019, p. 62), trate-se o teletrabalho de modalidade disruptiva de labor, própria da superação do modelo de produção da Revolução Industrial pela Revolução Informacional, que “não pode ser igualado a trabalho em domicílio (home office), constituindo-se, portanto, em figura *sui generis*”, marcada cada vez mais pela desterritorialidade e atemporalidade.

O exercício de atividades profissionais na modalidade de teletrabalho se apresenta como forte tendência no mercado de trabalho nacional. É o que demonstra o estudo conduzido pela SAP Consultoria RH em 325 empresas nacionais, ocasião em que constatou que 68% das empresas participantes já instituíram alguma das espécies de teletrabalho em sua organização. (TEIXEIRA, SERPA, 2019, p. 155)

Importante frisar que a figura do teletrabalhador não surgiu apenas com a Reforma Trabalhista³, posto que, de acordo com o art. 6º da CLT “não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado à distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego”. (LIMA, MELO, 2018, p. 4)

Em que pese a previsão genérica do art. 6º, as sensíveis peculiaridades desta espécie de trabalho, quando comparada com o labor desempenhado no modelo tradicional, pressionaram o Poder Legislativo no sentido da adequação das normas trabalhistas, no afã da redução da insegurança jurídica causada por esta anomia específica. (FINCATO, 2019, p. 59)

A regulamentação veio no bojo da Reforma Trabalhista de 2017, com o advento da Lei 13.467/2017, que passou a regular expressamente esta modalidade laboral, junto ao art. 75-B da CLT, do qual se pode extrair o conceito legal de teletrabalho como sendo 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.

Importante destacar que embora a realização do trabalho fora das dependências do empregador seja uma marca desta modalidade de emprego, esta não é a única, na medida em que o que diferencia o teletrabalho do trabalho externo – também realizado fora da sede da empresa – é justamente a mediação deste labor por meio das tecnologias de informação e comunicação (TIC) (ROMAR, 2018, p.206-207)

Assim, Cavalcante e Jorge Neto, definem como caracterizadores da modalidade os seguintes elementos:

- (a) atividade realizada a distância, ou seja, fora dos limites de onde os seus resultados são almejados; (b) as ordens são dadas por quem não tem condições de controla-las fisicamente. O controle é ocasionado pelos

³ Neste sentido, vale lembrar que em maio de 2011, realizou-se o I Seminário de Teletrabalho na Cidade de São Paulo, no qual órgãos da Prefeitura e da Federação das Indústrias de São Paulo (FIESP) discutiram o teletrabalho e a empregabilidade de pessoas com deficiência física ou mental. (CAVALCANTE; JORGE NETO, 2019, p. 114).

resultados das tarefas executadas; c) as tarefas são executadas por intermédio de computadores ou de outros equipamentos de informática e telecomunicações. (CAVALCANTE; JORGE NETO, 2019, p. 115-116)

Com esta regulamentação específica, algumas nuances questionáveis foram adicionados à esta modalidade a partir do advento da Lei 13.467, como por exemplo, a possibilidade jurídica de, por ato unilateral do empregador e por meio de aditivo contratual, alterar do regime de teletrabalho para o presencial, desde que observado o prazo de transição mínimo de quinze dias (art. 75-C, § 2º, CLT). Trata-se de uma hipótese de *jus variandi* (ENGEL, 2003) autorizada por lei.

Tal possibilidade legal não passa livre de críticas, na medida em que pode ser utilizada como forma de pressionar o empregado ao pedido de demissão, nas situações em que a condição de teletrabalho fora determinante para que este aceitasse firmar o contrato de trabalho em primeiro lugar, quando, por exemplo, está impedido de comparecer à sede da empresa por motivos de saúde seu ou de parente confiado a seus cuidados.

Até por isto, para alguns, tal disposição é potencialmente prejudicial à boa-fé e ao *pacta sunt servanda*, não devendo ser tratada como absoluta, “devendo ser apreciada face ao caso concreto, como forma de evitar o abuso de direito do empregador (art. 187, CC), valorizando-se a real intenção do empregador com a alteração e as possíveis consequências desta para a vida pessoal e profissional do Trabalhador.” (CAVALCANTE; JORGE NETO, 2019, p. 122).

Há, ainda, duas outras referências ao teletrabalho dispostas no texto reformado da CLT: os artigos 62, III e 611-A, VIII. O primeiro, para localizar o teletrabalho entre as formas de prestação de serviço subordinado excluídas do controle da duração de jornada – objeto desta pesquisa – e o segundo para dizê-lo tema factível de negociação coletiva (FINCATO, 2019, p. 63), que recebe as mesmas críticas que as demais hipóteses deste artigo, pelas vozes que entendem inconstitucional *per se* a adoção do princípio do negociado sobre o legislado na jurisdição laboral brasileira. (LEITE, 2018)

Assim, pode-se perceber que embora se tenha regulado uma série de questões relativas à modalidade de teletrabalho, não se alcançou, passados 3 anos de vigência destas normas, a segurança jurídica almejada, o que se deve, principalmente a possível incompatibilidade destas com os princípios gerais do Direito do Trabalho.

3. REFLEXOS NEGATIVOS DO TELETRABALHO AO EMPREGADOR.

São inegáveis os benefícios que podem advir do teletrabalho, tanto ao empregado, quanto ao empregador. Vantagens como a maior conexão dos empregados com seus familiares; redução de custos para ambas as partes, seja em relação aos custos de transporte, vestuário e alimentação para o empregado, quanto em face da menor necessidade de investimento no local físico para o empregador; possibilidade de adaptação do labor com suas características pessoais, adequando a hora do trabalho ao momento em que melhor lhe convier. (SOUSA, 2019, p. 66).

As vantagens podem inclusive ir além das pessoas envolvidas no contrato, em encontro ao interesse difuso, quando se verifica a menor necessidade de deslocamentos, e com isso a redução nos congestionamentos e na poluição atmosférica, especialmente em grandes centros; ou ainda pela possibilidade de freio a migração para os grandes centros, possibilitando a melhor distribuição da população pelo território nacional; bem como a maior possibilidade de inclusão de pessoas com deficiência ao mercado de trabalho (CAVALCANTE e JORGE NETO, 2019, p. 114), que não mais teriam que enfrentar verdadeiras odisseias apenas para se deslocarem ao trabalho todos os dias.

Em que pese as vantagens desta modalidade contratual, outros tantos revezes podem ser percebidos em semelhante ou maior proporção. Primeiro, destaca-se o que aponta Fonseca (2013, p. 145), para quem: “O teletrabalho vem se revelando como um mecanismo de precarização, com rebaixamento salarial, exploração de minorias, aplicação do “dumping social”, com a incorporação de trabalhadores mal remunerados de países distantes, por meio dos recursos de teleinformática.”

Destacam-se, ainda, os efeitos nocivos do isolamento do obreiro, que pode contribuir para a redução do associativismo em prejuízo da atuação sindical de determinadas categorias laborais (MARTINEZ, 2018, p. 253). Desse mesmo isolamento podem decorrer o desenvolvimento de patologias de cunho físico, como LER (lesão por esforço repetitivo), e psicológico/emocional dentre as quais se pode citar a Síndrome de Burnout, especialmente considerando a sociedade atual, em que a hiperconectividade é característica, “origina-se um ambiente propício à amálgama entre o tempo para descansar e o tempo para cumprir atividades empresariais, de sorte que o debate acerca do direito à desconexão adquire cada vez mais premência” (TEIXEIRA; SERPA, 2019, p. 169), dificultando a separação da vida pessoal da profissional (SOUSA, 2019, p. 70), e que em última análise impactariam o sistema de saúde e de previdência social (SOUSA, 2019, p. 68-69).

O direito a se desconectar encontra ligação direta com o direito ao lazer, previsto expressamente na Constituição Federal, nos termos do art. 217, §3º que prevê: “O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social”. Lima e Melo dissertam que para que este direito seja garantido, é essencial que “o empregado, em seus momentos de folga, feriado, ou ao fim de sua jornada, não pode estar à disposição do empregador, devendo se desconectar totalmente de seus afazeres, com a finalidade de descansar e se revigorar física e mentalmente.” (LIMA; MELO, 2018, p. 11).

Trata-se de direito que não assiste apenas ao empregado, mas a toda sociedade, em especial a sua família que espera e precisa dos momentos de presença, não apenas física, de seus pares (LIMA; MELO, 2018, p. 13-14). Esse direito que parece ser privilegiado pela modalidade de teletrabalho, pode ser tolhido de forma ainda mais intensa do que ocorreria na modalidade regular de trabalho, como destaca Manuel Martín Pino Estrada (2013) “[...] não interessa o ambiente no qual o teletrabalhador estiver, este terá que se concentrar no trabalho, isolando-se de seu entorno e cumprir as metas exigidas pela empresa [...]”. “Por isso, o que poderia parecer à primeira vista uma alternativa de maior convívio com os familiares acaba revelando-se um fator de alienação. O ambiente residencial é transformado em ambiente de trabalho”. (SOUSA, 2019, p. 85).

Como se não bastasse, a legislação como disposta, com regras bastante genéricas e com lacunas significativas permite que as regras do teletrabalho destoem do seu escopo para servirem a mera desregulamentação do trabalho, afastando o controle estatal sobre esta relação de emprego. (SOUSA, 2019, p. 93).

Teixeira e Serpa (TEIXEIRA; SERPA, 2019, p. 158) explicam que o teletrabalho não pode ser confundido nem com o trabalho a distância, nem tampouco com o trabalho a domicílio. O primeiro, ao contrário dos demais, se configura especialmente pela realização de atividades intelectuais de alta complexidade, diferenciando-se dos contratos regulares de trabalho pelo fato de serem desempenhados majoritariamente fora das dependências físicas do empregador.

Todavia, a lei não faz a mesma distinção, permitindo que se interprete que qualquer empregado que desempenhe sua atividade laboral fora dos limites territoriais da empresa poderá ser caracterizado como teletrabalhador, desde que haja intermediação entre as partes do contrato por meio telemático, o que sói acontecer em praticamente todas as relações estabelecidas nesta época de hiperconectividade, em que é quase inimaginável pensar que um empregador mantenha funcionário fora de seus domínios físicos sem que tenha sobre o mesmo algum controle por meio eletrônico, seja por sistemas de computador, e-mail ou telefone celular.

Nesse sentido é que o teletrabalho pode servir de ardil para redução de direitos trabalhistas, em face dos obstáculos para aplicação e fiscalização das normas trabalhistas, além de confusão entre as despesas pessoais do empregado com os custos produtivos, culminando em ilegal transferência do risco do negócio em prejuízo deste, além dos problemas referentes ao meio ambiente inadequado, que podem acarretar em prejuízos a saúde (CAVALCANTE; JORGE NETO, 2019, p. 116), conforme já exposto.

Sousa (2019, p. 91), ao citar Urias e Silva destaca que sob uma pretensa ideia de ausência de controle, obtém-se um controle ainda mais efetivo sobre a atividade produtiva, substituindo-se o controle burocrático pela fiscalização invisível.

Para Urias e Silva (2017, p. 100), esses programas são apenas estratégias de exploração do trabalho e “[...] muito mais eficazes, a propósito, que a principal estratégia de pressão do modelo de organização antigo, baseado no controle burocrático por parte de um fiscal superior. A fiscalização passa a ser invisível”. Deste modo, assim como no pan-óptico criado por Jeremy Bentham (2019), a sensação de não saber quando e como está sendo controlado, ainda e porque não possa ver seu superior hierárquico, causa no indivíduo uma sensação de controle e insegurança ainda maior.

Teixeira e Serpa (2019, p. 160-161) destacam que esse modelo de controle pode afetar direitos fundamentais do empregado, por meio de mecanismos invasivos a sua privacidade, “a ponto de privar o teletrabalhador de sua liberdade, o obreiro não poderia se desvincular da relação devido à coação moral ou psicológica sofrida por dívidas artificiais contraídas com o empregador”, em uma espécie de escravidão digital, termo repetido por Antônio Cesar Teixeira de Sousa (2019, p. 90).

Este quadro é facilitado pelo disposto no inc. III do art. 62 da CLT, que ao comparar o teletrabalho com o trabalho externo incompatível com controle de jornada e com o trabalhador em cargo de gerência, o excluiu da possibilidade de recebimento de adicional por horas extras, mecanismo constitucional que atua decisivamente na limitação a jornada de trabalho.

Sousa (2019, p. 91-109) destaca que ‘a desobrigação do controle de jornada, é carta branca para que, dentro da legalidade, o teletrabalhador possa laborar em jornada tão alongada quanto as que eram praticadas a época da Revolução Industrial, conforme visto alhures, podendo-lhe gerar danos imateriais’, possibilitando ao empregador que imponha metas incompatíveis com a jornada regular de trabalho, deixando o empregado com poucas alternativas “senão sujeitar-se a elas, comprometendo seu direito a desconectar-se do trabalho, vez que depende do emprego para seu sustento próprio e de sua família.”

4 POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DE ADICIONAL DE HORAS EXTRAS NO CONTRATO DE TELETRABALHO

Conforme já mencionado, além de disciplinar uma série de situações referentes ao teletrabalho, junto ao capítulo II da CLT, o legislador incluiu o inciso III junto ao artigo 62 da mesma lei com o claro escopo de excluir do teletrabalhador o direito ao recebimento de adicional de horas extras.

Tal situação se justificaria a partir da ideia de que nesta espécie de trabalho não existiria exatamente uma jornada de trabalho, considerando que o empregador, em regra, não saberia a que horas o empregado começaria ou terminaria de prestar seus serviços (MARTINS apud CAVALCANTE; JORGE NETO, 2019, p. 118). Sousa (SOUSA, 2019, p. 85), no entanto, discorda dessa premissa, ao defender que a comparação com as demais situações do art. 62 não se sustenta, eis que: “suas atividades não são incompatíveis com o controle de jornada, ao invés, conforme já dissemos, todo o trabalho executado é facilmente controlado. Menos ainda, possui o teletrabalhador, cargo equivalente aos de mando e gestão”.

Lima e Melo (2018, p. 10), por sua vez, apontam que excluir o teletrabalhador do controle de jornada representa uma contradição com o parágrafo único do art. 72-B, já que a utilização de meio telemáticos e de outros meios de comunicação, que se apresentam como requisito para a configuração da modalidade de teletrabalho, são ao mesmo tempo, instrumentos que possibilitam o controle de jornada dos teletrabalhadores.

Krost (2018, p. 331-360) vai além, ao demonstrar que o teletrabalhador pode se assemelhar muito mais ao trabalhador que desenvolve o trabalho dentro da empresa do que do trabalhador externo:

Ademais, mostra-se questionável a própria existência de um regime especial que dê ensejo ao enquadramento de um trabalhador como “tele”, na medida em que não há diferença entre seus préstimos e aqueles prestados por empregados alocados dentro da empresa-empregadora. A diferença está apenas no local em que os serviços se realizam, pois seu resultado imediato é sempre disponibilizado à contratante, o que se torna possível por conta da contribuição dos meios telemáticos. Ou seja, o trabalhador segue sendo uma

pessoa física, porém os frutos de seu agir, em proveito e sob orientação do patrão, podem se deslocar de qualquer lugar até o destinatário.⁴

A preocupação mundial com a não discriminação dos empregados que desempenham seu labor longe das dependências da empresa restou evidente da Convenção 177 da OIT (CAVALCANTE; JORGE NETO, 2019, p. 119), preceito que restou incorporado no ordenamento brasileiro com a Lei 12.551/11, que ao garantir a equivalência de direitos entre os empregados independentemente do local em que desempenhem seu trabalho, previu expressamente, junto ao art. 6º da CLT, que os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho. (CAVALCANTE; JORGE NETO, 2019, p. 119).

Nesse sentido, tanto Sousa (2019, p. 108) quanto Lima e Melo (2018, p. 4), defendem que a legislação brasileira já continha previsão que permitia o controle de jornada dos teletrabalhadores, ainda que esta figura não constasse expressamente na lei, e que, na verdade, o disposto no art. 62, inc. III vem a contrair o disposto não só no art. 6º da CLT, como da Convenção 177 do OIT, na medida em que coloca o teletrabalhador em desvantagem com relação ao trabalhador submetido ao controle físico do empregador, ao menos no que tange ao controle de jornada.

Isso porque, é difícil de imaginar uma situação na qual a relação de trabalho fosse mediada por meio da tecnologia da informação e que esta mesma tecnologia não permitisse a fiscalização da jornada do obreiro. Sousa (2019, p. 85) e Teixeira e Serpa (2019, p. 160) tratam da existência de programas de computador que permitem não apenas o controle do horário de início e término da jornada, como também “os momentos de atividade e inatividade, a localização e até mesmo a quantidade de teclas digitadas por minuto”.

Pollyana Vasconcelos Correia Lima de Andrade (2012, p. 35) assegura que, mesmo a conexão entre os computadores seja off-line, permanece plena a possibilidade de fiscalização dos trabalhos do trabalhador, por meios de recursos tecnológicos pelos quais se torna possível aferir dados qualitativos e quantitativos, como por exemplo, o número de toques no teclado, quais arquivos foram impressos, o número de vezes em que foram acionados os botões do mouse, os horários de começo de fim da jornada diária, entre outras informações.

Mecanismos tecnológicos desta natureza permitem um controle ainda maior da jornada e do trabalho efetivamente desempenhado pelo empregado, o que faz com a opção do legislador permita que se deflagre um flagrante desvio de finalidade da contratação na modalidade teletrabalhista (TEIXEIRA; SERPA, 2019, p. 163), em prejuízo aos direitos fundamentais do obreiro, especialmente no que tange ao direito ao meio ambiente laboral sadio. Isso porque, ainda que não exercido nas dependências da empresa, o labor deve ser protegido, sendo responsabilidade do empregador a garantia ao direito do meio ambiente do trabalho como modo de garantir ao empregado que trabalhe e viva com dignidade (LIMA; MELO, 2018, p. 9).

⁴ Para Antônio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Colho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto “o teletrabalho se configura quando as tarefas são realizadas a distância, mas por opção dos contratantes, sendo que poderiam, perfeitamente, ser realizadas nas dependências do empregador.” (SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto *et al.* Reforma Trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da Med. Prov. nº 808/2017 – 2ª ed – São Paulo: Editora Rideel, 2018, p. 106, grifo da transcrição)

Outra situação que pode servir à mitigação da norma do inciso III do art. 62 da CLT ocorrerá quando houver “imposição patronal de uma meta de produção humanamente impossível de ser alcançada dentro de um período de duração minimamente razoável” (TEIXEIRA; SERPA, 2019, p. 163). Em nome do direito ao meio ambiente do trabalho saudável e da boa-fé, não se pode permitir que essa situação ocorra sem que o empregador tivesse de arcar com as consequências em razão das jornadas extenuantes (LIMA; MELO, 2018, p. 5).

Ao citar Sanfelici e Fleischmann (2018, p.104), Lima e Melo (2018, p. 11) destacam que é a possibilidade de que esta atuação ocorra que torna o inciso III do art. 62 da CLT inconstitucional “por violar a previsão do art. 7º, inciso XIII da CF, permite, em tese, o comando, a supervisão e a fiscalização sem limite de horário, autorizando, por conseguinte, jornadas exaustivas em um quadro de controle e, conseqüentemente, violando o princípio mínimo da dignidade.”

Em qualquer uma das hipóteses narradas, estar-se-á diante de desvirtuação do dispositivo legal com claro escopo de burlar norma trabalhista, de matriz constitucional, o que de acordo com o art. 9º da CLT e a luz do princípio da primazia da realidade, deve levar ao afastamento do disposto no art. 62, III da CLT, permitindo-se a condenação do empregador ao pagamento do adicional de horas extras, bem como sujeitando-o a eventuais danos decorrentes do trabalho em sobrejornada, além de eventuais penalidades a serem impostas pelos Auditores do Trabalho (TEIXEIRA; SERPA, 2019, p. 164).

Além da limitação imposta pela própria CLT, Krost (2018, p. 331-360) destaca a inconstitucionalidade do dispositivo, que feriria quatro incisos do art. 7º da Constituição Federal, devendo-se interpretar pela possibilidade, não apenas da limitação de jornada, como da remuneração pelo trabalho noturno:

Assim, o direito à limitação de jornada, bem como à remuneração do trabalho noturno em valor superior ao diurno e ao repouso semanal remunerado, além da redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança encontram amparo no art. 7º, inciso IX, XIII, XV e XXII, da Constituição,⁵ sem qualquer ressalva, aplicando-se integralmente à modalidade do teletrabalho. Ao desconsiderar/relativizar esse patamar mínimo, o Legislador reformista incorreu em flagrante inconstitucionalidade.

Todavia, ainda que se possa afirmar acerca da possibilidade de configuração da sobrejornada nos contratos de teletrabalho, não se pode olvidar que tanto o disposto no art. 62, III da CLT quanto

⁵ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)
IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

(...)
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;

(...)
XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

(...)
XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

a situação fática, importam na presunção juris tantum em favor do empregador (FINCATO, 2019, p. 65-66). Desse modo, admitir-se a possibilidade de configuração de jornada extraordinária nas relações de teletrabalho, não significa presumir que elas ocorram.

É o que defende Martinez (2018, p. 449) quando afirma que: “os dispositivos constantes do art. 62 da CLT, em rigor, não servem a mais do que ao sistema probatório. Eles — por evidente afronta à Constituição — não podem impedir o direito às horas extraordinárias, mas podem condicionar esse direito à prova de sua ocorrência”

Isso significa dizer que eventual declaração de jornada extraordinária no regime de teletrabalho dependerá da análise no caso concreto, a ser dirimida pelos meios de prova admitidos em direito, e cujo ônus probatório nesse caso recairá sobre o empregado, que deverá demonstrar – sob a exigência do princípio da primazia da realidade – situações que demonstrem a jornada extenuante, assim exemplificadas por Cavalcante e Jorge Neto (2019, p. 122): “a carga diária de tarefas; o tempo para a realização de cada tarefa; o prazo estipulado para a entrega da tarefa; o número de toques, programas de controle de acesso e de jornada de trabalho etc.”

Sobre o teletrabalho realizado com o monitoramento remoto, em específico o home office, já existem julgados que reconhecem o controle de jornada e determinam, conseqüentemente, o pagamento de horas extras, conforme precedente do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, cuja ementa se reproduz *in verbis*:



HORAS EXTRAS. TELETRABALHO. Como corolário do desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação, constata-se a evolução nos modos de prestação do trabalho e, num misto de vantagens e desvantagens sob a ótica trabalhista, surgiu o teletrabalho. Assim, havendo a menor possibilidade de aferição da jornada trabalhada por esse empregado, ainda que de forma mista (em ambiente institucional e home office), as horas prestadas em sobrejornada devem ser devidamente remuneradas, na forma do art. 7º, XVI, da Constituição da República. (TRT-3 – RO: 00101320520165030178 0010132-05.2016.5.03.0178, Relator: Rodrigo Ribeiro Bueno. Segunda Turma, Data de julgamento: 10/03/2017. Data da Publicação: 13/03/2017).

Por fim, em que pese alguns autores (FINCATO, 2019, p. 70) defenderem que nas novas relações de trabalho não há que se falar em compra do tempo, mas da produção do empregado, e que portanto, o teletrabalho seria atemporal e flexível, o fato é que toda produção humana demanda além de esforços físicos e mentais, de seu tempo, e que a limitação deste é garantia da qual não se pode renunciar, não apenas porque disposto no rol de incisos no art. 7º da Constituição Federal, mas também porque é esta limitação que permite ao ser humano ser um indivíduo além de um empregado, permitindo que este também seja um membro de uma sociedade, um filho(a), um esposo, esposa, pai ou mãe, desenvolvendo assim sua dignidade humana.

Sousa (2019, p. 86) atenta para os graves danos que podem ser causados por esta desregulação da jornada: “a falta de proteção e a exclusão do controle de jornada poderão levar o teletrabalhador a neoescravidão, caracterizada pela exploração deste pela classe empresária em sua busca pelo lucro máximo.”



O conhecimento prévio acerca dos riscos dessa conduta deve levar os operadores do direito a buscarem por soluções juridicamente eficientes que previnam danos, e não apenas os reparem. Nesse sentido, Lima e Melo (2018, p. 13) sugerem a adoção de “tutela específica do direito ao não trabalho, consideradas as novas tecnologias inseridas no ambiente laboral, preservando o trabalhador em sua saúde, intimidade, privacidade e dignidade.”

Nesse sentido é necessário que se olhe para além da adoção de medidas retrospectivas, como a condenação dos empregadores ao pagamento de adicionais de horas extras (SOUSA, 2019, p. 86) e/ou indenizações por danos morais e/ou existenciais, o que poderá ser alcançado por meio de tutelas específicas aptas a coibir o excesso de jornada em teletrabalho de forma preventiva, especialmente pela exigência de mecanismos efetivos que consigam limitar o tempo de trabalho.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo demonstrou que o teletrabalho, embora tenha sido previsto pela primeira vez no ordenamento brasileiro com o advento da Reforma Trabalhista de 2017, há tempos já se mostrava presente no cotidiano das relações trabalhistas, como produto de uma sociedade de informação que tem efeitos práticos sobre as relações juslaborais.

Neste sentido, a partir da Lei 13.467/2017, uma série de nuances que eram deixadas à cargo de instrumentos particulares, sejam coletivos ou individuais, passaram a ser regulados por lei. Regras acerca da responsabilidade pelos meios de produção, saúde e segurança do trabalho, remuneração, controle de jornada, dentre outras, restaram, pois, delimitadas.

Em que pesem as inúmeras vantagens que podem advir desta espécie de contrato, pode-se constatar que outras tantas desvantagens também podem dela decorrer, destacando-se especialmente o desestímulo ao associativismo entre empregados, o desenvolvimento de doenças físicas e psicológicas/emocionais e especialmente a possibilidade de trabalho em jornadas extenuantes e a impossibilidade de distinção entre vida pessoal e profissional, em prejuízo aos planos sociais e familiares do empregado.

Diante desta constatação, analisou-se o inciso III do art. 62 da CLT a luz de outros dispositivos da própria CLT (art. 6º e 9º), da Constituição Federal (art. 7º, VIII; art. 217, §3º) e de Normas de Direito Internacional (Convenção n. 177 da OIT), para ao final se concluir que o disposto no citado artigo não é capaz de impedir o reconhecimento de labor em sobrejornada, especialmente quando presente o controle de jornada por meios telemáticos ou, ainda que ausente este controle, o empregado for submetido a carga de trabalho superior à exigível de um trabalhador médio submetido a jornada regular de trabalho.

Diante disto, pode-se concluir que o inciso III do art. 62 da CLT funciona como uma forma de presunção juris tantum em favor do empregador, na medida em que o reconhecimento da sobrejornada em regime de teletrabalho dependerá de prova acerca de pelo menos uma das hipóteses supra descritas, cujo ônus probatório caberá, ao menos em um primeiro momento, ao empregado.

Por fim, dado a ciência dos efeitos nefastos decorrentes do trabalho extenuante não apenas ao empregado, mas a sua família, e em última análise para toda sociedade, deve-se buscar medidas jurídicas que superem a mera reparação destes danos, por meio do pagamento de adicionais de horas extras e /ou indenizações por danos extrapatrimoniais, mas que possam atuar de forma efetiva na prevenção do dano, impedindo que o trabalho se desenvolva desta forma nociva.

6.REFERÊNCIAS

ANDRADE, Pollyana Vasconcelos Correia Lima de. Teletrabalho no Ordenamento Jurídico. Revista Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p.284- 303, 2007.

BENTHAM, Jeremy. O panóptico. Autêntica, 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário n. 00101320520165030178 0010132-05.2016.5.03.0178. Des. Rel. Rodrigo Ribeiro Bueno. Segunda Turma. Data de julgamento: 10/03/2017. Data da Publicação: 13/03/2017. Disponível em:

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-212 > Acesso em 27.05.2020.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. A tecnológica, o teletrabalho e a reforma trabalhista. In: Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 8, n. 75, p. 112-124, fev. 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 15 ed. São Paulo: LTr, 2016.

ENGEL, Ricardo José. O Jus variandi no contrato individual de trabalho: um estudo teórico – crítico em face de princípios gerais do direito aplicáveis ao direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2003.

FINCATO, Denise. Teletrabalho na reforma trabalhista brasileira. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 8, n. 75, p. 58-72, fev. 2019.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho – 11ª ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

KROST, Oscar. “Proibição de distinção entre trabalhos manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos, Reforma Trabalhista e 'teletrabalho': diferenciando iguais para reduzir direitos”. In ARAUJO, Adriane Reis de; D’AMBROSO, Marcelo José Ferlin. (Coordenadores). Democracia e Neoliberalismo: o legado da Constituição de 1988 em tempos de crise. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 331-360.

LEITE, Carlos Bezerra. Curso de Direito do Trabalho. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LIMA, Fabíola Bessa Salmito; MELO, Sandro Nahmias. Teletrabalho, meio ambiente do trabalho, redes sociais e os reflexos na saúde mental do trabalhador. In: Revista Nova Hileia. Vol. 5. Nº 3, julho-dezembro 2018.

MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 10. São Paulo Saraiva 2018.

ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do trabalho; coordenador Pedro Lenza. – 5. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

SOUSA, Antônio Cesar Teixeira de. Direito ambiental do trabalho : O Direito Fundamental ao Meio Ambiente Laboral Sustentável e o Teletrabalho no Brasil como meio de escravidão moderna / orientadora Maria Luiza. Dissertação (mestrado) - Universidade Católica de Santos, Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito Ambiental, 2019.

TEIXEIRA, Sergio Torres; SERPA, Gelba Carolina Siqueira. TELETRABALHO E REFORMA TRABALHISTA: uma reflexão sobre os direitos e obrigações dos sujeitos da relação de emprego e suas repercussões processuais. Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas, v. 5, n. 2, p. 154-193, 2019.

Artigo recebido: 23.06.2022

Artigo publicado em: 22.07.2022