



TELETRABALHO: O TRABALHO A DISTÂNCIA E O DISTANCIAMENTO DO DIREITO DO TRABALHO

“Sabemos cada vez menos o que é um ser humano”.

José Saramago

Almiro Eduardo de Almeida¹

Oscar Krost²

Resumo: O avanço da tecnologia nas últimas décadas provocou mudanças nos mais diversos campos da vida, interferindo, diretamente, na forma com que as relações sociais se desenvolvem. O trabalho humano, como atividade produtiva, base do sistema capitalista de produção, não ficou imune a esse fenômeno, a ponto de parte da doutrina entender estar-se diante de uma nova figura jurídica, o teletrabalho, carente de regulamentação. No ordenamento brasileiro, a Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/17), buscou disciplinar a matéria, assim o fazendo sem uma observância fiel dos parâmetros estabelecidos na Constituição.

29

Palavras-chave: Teletrabalho. Reforma Trabalhista. Constituição Federal.

1 Juiz do Trabalho vinculado ao Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Professor de Graduação no Centro Universitário Metodista – IPA. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidad de la República Oriental del Uruguay. Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo – USP. Coordenador do Grupo de Pesquisa sobre Direito do Trabalho do Centro Universitário Metodista – IPA.

2 Juiz do Trabalho vinculado ao Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, Professor dos Cursos de Especialização em Direito e Processo do Trabalho da Associação dos Magistrados do Trabalho em convênio com a Universidade Regional de Blumenau (AMATRA/FURB), do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC) e da Fundação Educacional de Brusque (UNIFEBE). Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Membro do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho (IPEATRA) e do Laboratório de Estudos Contemporâneos (LEC/FURB). oscar.krost@trt12.jus.br.

1 INTRODUÇÃO

Dentre as inúmeras mudanças decorrentes da Lei nº 13.467/2017, conhecida popularmente como “Reforma Trabalhista”, algumas delas importaram verdadeiras ressignificações no mundo do trabalho. Dessas últimas, destaca-se o potencial do que se convencionou chamar de teletrabalho. Essa “nova” modalidade de trabalho se adapta perfeitamente à contemporaneidade, em que as distâncias se encurtam e as relações humanas se distanciam. Ao mesmo tempo em que permitirá a exploração da força de trabalho praticamente sem limites, o teletrabalho poderá ser responsável por afastar cada vez mais os trabalhadores entre si. A divisa política *divide et impera*, já utilizada pelos antigos romanos, é reiteradamente adotada pelos empregadores para manterem e ampliarem seu domínio nas relações de trabalho. Somando-se a outras formas de fragmentação das categorias profissionais, como a terceirização, por exemplo, o teletrabalho é mais um mecanismo que serve para enfraquecer aquilo que Marx chamava de “cooperação dos trabalhadores”, permitida e estimulada pela atuação conjunta nas antigas fábricas, fazendo com que aqueles identificassem seus interesses comuns.

Além de enfraquecer o espírito de cooperação e, assim, a formação de uma identidade de classes, o teletrabalho (e isso por simples opção do legislador) acaba retirando do trabalhador os mais básicos direitos trabalhistas como, por exemplo, o direito à limitação da jornada de trabalho, ao gozo de intervalos e ao pagamento dos adicionais de remuneração para atividades noturnas e trabalho extraordinário.

Tratando desse tema, no presente artigo tentaremos enfrentar basicamente duas questões: a identificação do que seja, efetivamente, o teletrabalho, para além de uma simples definição legal, e a finalidade de sua regulamentação pelo legislador reformista. Para isso, mostra-se necessário, entretanto, voltar ao antigo debate acerca da importância da limitação da jornada de trabalho. Começamos, pois, pela questão fundamental.

2 QUAL A IMPORTÂNCIA DA LIMITAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO?

O direito ao cumprimento de uma jornada que permitisse ao trabalhador, além de desempenhar seu mister, desfrutar de lazer e de descanso, foi um dos pontos de maior embate entre empregados e empregadores nos séculos XIX e XX.

Evidenciando a importância da limitação da jornada de trabalho em âmbito internacional, já a primeira Convenção da OIT, editada em 1919, visou garantir uma jornada máxima de oito horas de trabalho nos estabelecimentos industriais (OIT, 2018). No mesmo sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), em seu art. 24, garante que “todo ser humano tem direito a repouso e educação, inclusive à limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas” (UNESCO, 1948).

No plano nacional, alinhada a estes valores, a Constituição (1988) estabelece, em seu art. 7º, *caput* e inciso XIII, como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, a “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”.

Importa destacar que, o referido dispositivo estabelece norma de direito fundamental não apenas por encontrar-se no Título II da Constituição Federal, que trata “Dos direitos e garantias fundamentais” (fundamentalidade tópica ou formal), mas sobretudo por dizer respeito a um dos fundamentos do modelo de sociedade capitalista adotado pelo Brasil. A limitação da jornada de trabalho e, portanto, da exploração da força de trabalho, é uma das características essenciais do modelo capitalista de produção, um dos elementos que o diferencia, por exemplo, do trabalho escravo, limitado tão-somente pelas forças físicas do trabalhador. Trata-se, assim, do que os constitucionalistas costumam chamar de direito materialmente ou substancialmente fundamental.

Para melhor compreender do que trata essa fundamentalidade material, remetemos o leitor à sua etimologia e sugerimos um pequeno exercício de imaginação. Etimologicamente, fundamental vem de

fundamento, que pode ser entendido como o conjunto de normas básicas a partir das quais se pode fundar (dar início, assentar as fundações de) um sistema. É, pois, a base, o alicerce desse sistema. Descrita a origem da palavra, a sua etimologia, que pode facilmente ser encontrada em qualquer dicionário, vamos ao exercício. Pedimos ao leitor que imagine o sistema jurídico de cada nação como um prédio em que as normas fundamentais são, justamente, a sua base, o seu início, as fundações onde ele se assenta, ou seja, o seu fundamento (esse exercício de imaginação não deve soar tão estranho a quem já tenha ouvido falar de Kelsen). Não é preciso estudar engenharia para saber que, retirando-se a fundação, o prédio cairá; enfraquecendo-a, ele correrá o risco de rachar. O mesmo pode ser dito quanto aos direitos fundamentais: se “retirarmos” esses direitos, seja por revogação ou por qualquer outra forma jurídica, ou se simplesmente não os observarmos, a própria sociedade sob a qual eles se encontram como verdadeiros alicerces ruirá.

32

O exercício proposto, que trata dos direitos fundamentais (algo tão abstrato) como a fundação de um prédio (algo tão concreto), serve para demonstrar *concretamente* a natureza falaciosa do argumento de que a “flexibilização” dos direitos trabalhistas vem para melhorar a economia permitindo, inclusive, o aumento do número de empregos. O que resta desse argumento é, que tipo de emprego? É como se, voltando ao nosso exemplo do prédio, retirássemos o concreto e os ferros da fundação para acrescentar andares. A pergunta que fica é, quem se arriscaria a morar nesse prédio?

Pois bem, a limitação da jornada de trabalho é, sem dúvida, um dos alicerces que sustentam essa construção chamada sociedade capitalista. Como se infere da literalidade do texto da Lei Maior, não há margem a uma interpretação desfavorável ao empregado no tocante à majoração dos módulos diário de 08 horas e semanal de 44 horas. As exceções, taxativamente permitidas, dizem respeito, apenas, à compensação e à redução do tempo de trabalho, sempre pela via coletiva, o que demonstra consideração ao estado de hipossuficiência do trabalhador no curso do contrato.

É por isso que a regra do art. 62 da CLT, ao afastar alguns trabalhadores do campo de aplicação das disposições do Capítulo II da CLT,

intitulado “Da duração do trabalho”, viola o atual marco constitucional. Tal dispositivo não foi recepcionado pela Carta de 1988, sendo suas alterações posteriores e, por consequência, inconstitucionais. Diversamente, a Constituição de 1967 previa expressamente a possibilidade de exceção à regra geral de oito horas de jornada, inclusive por lei. O inciso VI do art. 158 assegurava o direito à “duração diária do trabalho não excedente de oito horas, com intervalo para descanso, *salvo casos especialmente previstos*” (destacamos). Esse era inclusive o argumento utilizado por muitos autores para justificar regras como a do art. 62 da CLT. Tal possibilidade, porém, não foi reproduzida na ordem constitucional vigente. Parece-nos clara a opção do constituinte em 1988, de garantir a jornada de oito horas, evitando, inclusive, eventual atuação erosiva do legislador infraconstitucional e, com isso, deixando de recepcionar regras como a do já citado art. 62 da CLT. Dito de outra forma, desde 1988, alterou-se o fundamento da sociedade brasileira no que diz respeito à limitação da jornada de trabalho.³

Análise em contrário, não leva em conta a natureza de ordem pública das normas sobre limitação de jornada, atinentes à saúde e à medicina do trabalho. Para além do simples pagamento de adicionais de remuneração, incrementando os ganhos mensais dos trabalhadores, encontra-se em jogo sua higidez física e mental, dando margem a situações de esgotamento e de aumento do risco de acidentes e doenças do trabalho. Acaba prejudicando o que se entende por direito ao não-trabalho ou à “desconexão” (ALMEIDA, 2016).

Demonstrada a importância fundamental da limitação da jornada de trabalho, já podemos partir para o teletrabalho propriamente dito.

3 O QUE É, AFINAL, O TELETRABALHO?

O teletrabalho, também conhecido como trabalho por telecomunicação ou remoto, do alemão *Telearbeitsplätze* ou *fernarbeit*, vem sendo concebido como uma modalidade relativamente nova de atuação.

³ Esse não foi, entretanto, o entendimento prevalecente no Judiciário Trabalhista, tanto que não apenas a própria norma, mas também as alterações posteriores feitas pelas Leis n. 7.313/85 e 8.966/94, foram consideradas constitucionais.

Argumentos favoráveis a sua utilização apontam que, para além de questões tecnológicas e financeiras, mostram-se imensuráveis os ganhos sociais trazidos pela modalidade ao permitir uma maior inserção no mercado formal de pessoas Portadoras de Necessidades Especiais (PNE) e ao tornar desnecessário o deslocamento diário da residência à sede do empregador (BUBLITZ, 2014, 127p). Por outro lado, tais trabalhadores, como consequência da distância física, acabam por não se integrar, ao menos não de modo presencial, à coletividade de empregados, correndo elevados riscos de isolamento ou até mesmo de experimentarem um senso de exclusão, o que pode repercutir em matéria relacionada à sindicalização e conscientização de seus direitos.

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena sustenta não haver grande desafio conceitual para entender o teletrabalho, possuindo antecedentes não muito distantes no trabalho em domicílio e nos serviços de vendedores externos ou praticistas (VILHENA, 2005, pp. 585-588).

34

A ausência de tipicidade não impediu sua adoção e desenvolvimento, tendo por elementos essenciais a atuação do trabalhador fora do ambiente empresarial, mesmo que desempenhando atividades que poderia nele realizar, e o emprego de meios tecnológicos de comunicação. Não há, assim, relativização de nenhum dos elementos característicos da relação de emprego, previstos no art. 3º da CLT,⁴ formando-se o vínculo com o empregador, cuja definição se encontra no art. 2º, *caput*, também da CLT.⁵

O art. 75-B da CLT, incluído pela “Reforma Trabalhista”, define o teletrabalho como “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.” O parágrafo único do mesmo dispositivo legal esclarece que “o comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no

4 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.

5 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.

estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

A regra admite, quanto ao local do labor, o critério misto, ou seja, tanto fora, quanto dentro da sede da empresa, bastando que prepondere a primeira hipótese, não se confundindo, “por sua natureza”, com o trabalho externo. A primeira dúvida que surge ao se fazer a leitura do texto normativo é quanto ao conteúdo da expressão “preponderante”, no que diz respeito ao critério a ser adotado na definição de determinado serviço como teletrabalho. Adotar-se-á o tempo? Em caso de resposta positiva, a preponderância será mensurada em horas por dia, horas ou dias por semana, horas, dias ou semanas por mês? A mensuração ocorrerá pelo resultado objetivo dos serviços contratados? Ou, ainda, ocorrerá pela quantificação do valor atribuído monetariamente a cada uma das atividades?

Considerando estar o “teletrabalhador”, em tese, pela dicção do art. 62, inciso III, da CLT, fora do alcance das disposições do capítulo “Da duração do trabalho”, ao menos pela intenção do legislador reformista, não haveria como controlar sua jornada, pelo que está rejeitada a resposta pelo critério temporal. As demais possibilidades concorrem em igualdade de condições, ficando a cargo dos contratantes e da jurisprudência sua definição final, devendo se atentar aos valores que inspiram o Direito do Trabalho, sobretudo o Princípio da Proteção, especialmente na sua vertente que determina se adote a interpretação mais favorável ao trabalhador – *in dubio pro operario*. De qualquer sorte, a ausência de preponderância acarretará a desconfiguração de determinado pacto como de teletrabalho, afastando as disposições do “Capítulo II-A Do Teletrabalho”.

Merece destaque, ainda, que a inserção do teletrabalho na hipótese de exceção do art. 62 da CLT infringe o Princípio da Proibição do Retrocesso Social e promove distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos, violando diretamente o conteúdo do art. 7º, *caput*, e inciso XXXII, da Constituição. Desconsidera, ainda, a eficácia negativa dos direitos fundamentais, dos quais os direitos sociais trabalhistas são espécie, pela vedação de práticas, mesmo no plano normativo, que os limitem ou cerceiem.⁶ Afronta, ainda, o disposto no art. 6º, também da

6 Segundo MOLINA (2013, p. 128), a referida eficácia negativa “preservará uma pauta constitucional mínima, criando moldura à atuação legislativa, mas possibilitará ao legislador

CLT, com a atual redação, dada pela Lei nº 12.511/11.

No Direito Comparado, poucos são os países que regulamentaram em minúcias o teletrabalho, havendo projetos de lei em tramitação nos Parlamentos da Argentina, Uruguai, Paraguai e Chile há vários anos. Um exemplo de disposição semelhante à trazida pela Reforma, porém mais objetiva e específica, encontra-se no art. 165 do Código do Trabalho de Portugal, que do seguinte modo conceitua o teletrabalho:

Artigo 165 Noção de teletrabalho

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. (PORTUGAL, Lei nº 7/2009)

No lugar de “preponderantemente”, adotou o legislador lusitano o termo “habitualmente”, o que reduz a margem de dúvida sobre a natureza de serviço à distância, mesmo quando o empregado frequenta a sede do empregador.

36

A segunda questão apresentada recai sobre o dimensionamento da expressão “por sua natureza não constitua trabalho externo”. A atividade realizada fora da empresa e que exija o uso de tecnologia é bastante simples, o que, contudo, não se dá com a questão de sua própria natureza, de modo que não se confunda com atividade externa.

Na atualidade, motoristas, entregadores, *motoboys* e vendedores são alguns exemplos de profissionais que atuam fora da sede do empregador e que se servem de meios de comunicação e telemáticos, como *smartphones*, GPSs, *notebooks* e *tablets* para desempenhar suas funções. Todos, sem exceção, costumam ir em algum momento da jornada à sede da empresa, seja para buscar ou levar informações, seja para retirar e devolver produtos.

Inegável desenvolverem atividades externas, bem como utilizarem tecnologia. Mas seriam teletrabalhadores? Em uma leitura inicial, a resposta seria negativa, pois a tecnologia não é essencial ao desenvolvimento do serviço, apenas o auxiliando.

Rosenfield e Alves (*apud* CARELLI, 2017, p. 329) entendem por

teletrabalho “[...] toda a atividade remota realizada por meio de tecnologias de informação e comunicação (TICs), permitindo a obtenção de resultados num lugar diferente daquele ocupado pela pessoa que os realiza”. De acordo com essa definição, não haveria como o teletrabalhador realizar seu mister sem o uso da tecnologia. Aqui estaria a distinção entre a atividade externa e o teletrabalho: a condição mediata (remota) do local em que realizado o trabalho, porém imediata (próxima) quanto a seu resultado do serviço, elemento possibilitado pelos meios tecnológicos de informação e comunicação.

Para Carelli (2017, p. 331), a Reforma Trabalhista, no tocante ao teletrabalho foi “[...] descuidada, irrealista e ultrapassada, regulamentando-o como se estivéssemos em meados do Século XX ou no Século XIX, talvez”. A crítica pauta-se, fundamentalmente, na inobservância, pelo Legislador, das preocupações contidas em recente relatório elaborado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), intitulado *“Eurofound and International Labour Office”*, pelo qual foi constatado que os teletrabalhadores “estão expostos a perigos a sua saúde e bem-estar, relacionando-o com fatores de risco psicossocial relacionados com a intensidade do trabalho e longas horas extraordinárias” (CARELLI, 2017, p. 330). É sugerida no documento em questão, ainda, a observância do direito à desconexão francês, e indicada como exemplos a adoção de políticas restritivas de empresas, adotadas na Alemanha, Estados Unidos e na própria França.

De nossa parte, sustentamos que, na verdade, o teletrabalho não existe. Não há nenhuma modalidade de trabalho que, “por sua natureza”, não constitua trabalho externo, mas tenha de ser realizado, preponderantemente, fora da empresa. Visto sob os dois polos que formam a relação de emprego, o que se convencionou chamar de teletrabalho mostra-se, na realidade, como uma opção e uma impossibilidade: uma opção para o empregador, que simplesmente decide afastar o trabalhador da empresa, conseguindo, com isso, inúmeros ganhos secundários, como ainda se verá; uma impossibilidade para o empregado no sentido de que ele nunca poderá se afastar de seu trabalho. Tratando-se de realização da sua força de trabalho, o trabalho desempenhado pelo trabalhador nunca se afasta de sua pessoa. Como esclarece Engels (MARX, 2010, p. 26), falamos aqui de uma potencialidade incorporada e indissolúvelmente ligada à pessoa

do trabalhador.

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.⁷

De qualquer sorte, o art. 75-C da CLT exige que, nessa modalidade, o contrato de trabalho seja escrito e que dele conste expressamente a condição de teletrabalho, bem como que especifique as atividades desenvolvidas pelo trabalhador. Caso inobservados os requisitos formais ou verificada a incompatibilidade entre os serviços descritos e aqueles considerados teletrabalho, o negócio passa a ser regido como contrato comum, afastando-se a incidência das regras dos arts. 75-A a 75-E da CLT.

38

Respeitados entendimentos em contrário, pelo disposto no art. 7º, inciso XXXII, da atual Constituição, a aplicação ao trabalhador remoto (ou teletrabalhador) de todas as regras protetivas ao trabalho subordinado deveria ocorrer por mera observância à vedação à distinção discriminatória. Eventuais e pontuais particularidades demandariam especial atenção do Legislador, sempre sem descuidar da tutela da dignidade da pessoa humana, tal qual procedeu o exemplo lusitano.

Quanto à alteração do regime de presencial para o de teletrabalho, mesmo que dependa de mútuo consentimento,⁸ sabe-se, pelo menos

7 Para Antonio 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 à distância, mas por opção dos contratantes, sendo que poderiam, perfeitamente, ser realizadas nas dependências do empregador.” (SOUZA JÚNIOR, Antonio 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)

8 A expressão “mútuo acordo”, com todo o respeito, se trata de uma redundância, pois se há acordo é porque configurada convergência entre as partes contratantes. Mostra-se mais adequado o emprego da expressão “mútuo consentimento”, utilizada, inclusive, no art. 468 da CLT.

desde 1966⁹, que, na imensa maioria das vezes, o trabalhador não tem efetivamente a possibilidade de negociar individualmente com o seu empregador, mormente no cenário de crise econômica e de escassez de empregos, como o presente, que a “Reforma Trabalhista” vem, segundo seus defensores, justamente para tentar superar. Impõem-se, portanto, uma aplicação conjunta do parágrafo primeiro do art. 75-B da CLT e do art. 468 do mesmo diploma, de modo que a alteração contratual, mesmo que conte com o consentimento do trabalhador, não poderá lhe causar prejuízo, sob pena de nulidade.

De acordo com o § 2º do art. 75-B, a alteração inversa, do regime de teletrabalho para o presencial, poderá ocorrer por determinação unilateral do empregador, respeitado apenas o prazo mínimo de 15 dias de transição. Respeitada posição contrária, entendemos que, sendo decorrência da assunção dos riscos do negócio e do poder diretivo do empregador, o “*jus variandi*”¹⁰ não alcança tamanha amplitude. Com efeito, os limites do *jus variandi* podem ser depreendidos logicamente da própria legislação trabalhista. Compreendido o Direito do Trabalho como um sistema que tem de manter uma certa coerência interna, não há como admitir que o empregador possa, de modo unilateral, impor modificação de tal monta sem a concordância do empregado, por, pelo menos, dois fundamentos. O primeiro, pela quebra da simetria quanto ao parágrafo anterior: ora, se a alteração do regime presencial para o de teletrabalho exige o mútuo consentimento, não há nenhuma razão para que o contrário não o exija, a menos que admitamos que o teletrabalho é efetivamente prejudicial ao trabalhador, rejeitando todo um conjunto de argumentos que visam defender a sua aplicação e, em última análise, a própria alteração legislativa

9 Em 1966 foi editada a Lei n. 5.107/66 que criou o sistema do FGTS em substituição à estabilidade decenal prevista no artigo 492 da CLT. Muito embora a lei assegurasse ao trabalhador o direito de optar pelos regimes, a realidade mostrou que, a partir de então, a “opção” pelo FGTS passou a ser uma condição para a sua contratação. Tanto que, em 1988 a Constituição tratou de acabar com a falaciosa possibilidade de opção.

10 Segundo Camino (1999, p. 108), o “*jus variandi*” pode ser entendido como uma das projeções do poder de comando do empregador, aplicável quando necessária a adequação da prestação de trabalho às necessidades do negócio, “*traduzida no direito de alterar as condições estabelecidas, expressa ou tacitamente, na relação de emprego, desde que, pela natureza de tais condições, assim se faça possível.*”.

diante do reconhecimento de sua inconstitucionalidade. O segundo, recai sobre a exclusão da “cláusula de barreira”, melhor dizendo, deixar de considerar a ausência de prejuízo ao trabalhador como requisito essencial, tal qual previsto no art. 468 da CLT.

Tem-se, portanto, por conta do princípio da proteção, pela projeção da aplicação da regra mais favorável, e do disposto no art. 468 da CLT no tocante a modificações em ambos os sentidos na relação envolvendo o teletrabalho, por essencial a exigência em qualquer caso do mútuo consentimento e da ausência de prejuízo ao trabalhador na troca de regime. Análise em contrário validaria a prática do legislador reformista de desconsiderar a eficácia negativa dos Direitos Fundamentais, dos quais os Direitos Sociais Trabalhistas são espécie, e que vedam práticas, mesmo no plano normativo. Aliás, o próprio Texto Celetista pode levar a essa conclusão se considerarmos que, nas duas hipóteses de alteração contratual, a lei exige aditivo contratual. Ora, em um contrato bilateral, como é o contrato de trabalho, qualquer aditivo contratual sempre dependerá do mútuo consentimento das partes.

40

4 QUAL A FINALIDADE DA REGULAMENTAÇÃO DO TELETRABALHO?

Na seção anterior, sustentamos que o teletrabalho não existe. Se não há nenhuma diferença essencial entre as atribuições de um “trabalhador” e um “teletrabalhador”, qual seria, então, a finalidade de sua criação e, sobretudo, de sua regulamentação legislativa?

Em um primeiro momento, pode parecer merecedora de reconhecimento a iniciativa do legislador em regulamentar esta modalidade de serviço no que diz respeito a suas particularidades e distinções. Com isso, a lei estaria a garantir maior segurança jurídica aos contratantes quanto aos respectivos direitos e deveres. Afinal, ainda que se trate de liame de emprego comum, alguns pontos de distinção dos contratos-padrão poderiam dar margem a controvérsias. A questão que se coloca, pois, é: para que, efetivamente, serve essa regulamentação?

Para Lima e Lima (2017, p. 45), antes mesmo do advento da Lei nº

13.467/17, houve, pela Lei no 12.511/11, a previsão legal do teletrabalho no Direito brasileiro, que modificou o teor do art. 6º da CLT¹¹. Ocorre que, ao incluir o inciso III no art. 62 da CLT, dispondo que os empregados sujeitos a regime de teletrabalho não são abrangidos pelo Capítulo II do Título II da CLT, que dispõe da duração do trabalho, buscou o legislador eximir os empregadores de controlar a jornada dos teletrabalhadores e, por consequência, de pagar-lhes horas extras e adicional noturno, além de pactuar regime de compensação horária, conceder repouso semanal e até mesmo intervalos entre e intrajornada. Da mesma forma, afastou a possibilidade de contratar esta modalidade de serviço sob o regime de tempo parcial, por se encontrar o art. 58-A, que a prevê e regulamenta, também localizado no referido capítulo celetista.

Ao importar a exclusão de direitos trabalhistas atinentes à duração do trabalho, a inserção do teletrabalho na hipótese de exceção do art. 62 da CLT infringe o princípio da proibição do retrocesso social e vai de encontro à literalidade do quanto previsto no *caput* do art. 7º da Constituição. Desconsidera, enfim, a eficácia negativa dos Direitos Fundamentais, dos quais os Direitos Sociais Trabalhistas são espécie, pela vedação de práticas, mesmo no plano normativo, que os limitem ou cerceiem.

Em primeiro lugar, é preciso destacar que a garantia da limitação de jornada não está vinculada à vontade da empresa de controlar a jornada dos trabalhadores que lhe prestam serviço. Parafraseando Hesse (1991, p. 19), apenas a falta de “vontade de constituição”, ou seja, a falta de vontade de respeitar o direito fundamental à limitação da jornada de trabalho, é que fazia com que muitos lessem “controle de horário de trabalho” em que, na verdade, está escrito “fixação de horário de trabalho” (art. 62, inciso I, da CLT). Diante da literalidade do artigo celetista, pergunta-se, qual atividade, nos dias de hoje, é incompatível com a fixação de horário, ainda que variável? Pois bem, mesmo que nossa falta de vontade de constituição nos faça ler o que não está escrito, para suprimir o direito que está expresso, ainda caberia a pergunta: qual atividade é incompatível de controle? Uma alteração legislativa ocorrida no ano de 2012 pode ajudar a expor nosso

11 Roesler (2017, pp. 62-65) compartilha do entendimento de que a regulação do teletrabalho no Direito do Trabalho brasileiro era feita pelo art. 6º da CLT, antes do advento da reforma.

argumento. Até aquele ano, os motoristas de caminhão não tinham direito à limitação da jornada porque se entendia que sua atividade não era passível de controle (muito embora a carga pudesse ser controlada por tacógrafo, por exemplo – veja-se a Orientação Jurisprudencial n. 332 da SDI-I do TST). Pois bem, no ano de 2012, a Lei n. 12.619 passou a estabelecer o direito de limitação da jornada de trabalho dos motoristas, “criando de uma penada”, como se costuma dizer, a mais inovadora tecnologia de controle de jornada: a papeleta, onde o motorista poderia anotar “de forma idônea” as horas em que estivesse trabalhando. Parece piada, mas é verdade. No atual estágio evolutivo da tecnologia, não há trabalho cuja duração não possa ser fixada e, se se quiser, controlada; no atual estágio evolutivo da civilização e, pelo menos há quase um século, não há trabalho cuja duração deva ultrapassar oito horas.

Se o fato de o empregado não atuar dentro da sede da empresa não tem o condão de tornar a atividade impossível de ser fixada (e controlada), com o teletrabalho, a fixação e o controle podem se dar com ainda maior facilidade. Segundo o teor do art. 75-B da CLT, igualmente acrescido pela Reforma Trabalhista, para a caracterização do teletrabalho é essencial que os serviços ocorram “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”. Verifica-se, pelo teor do texto transcrito, estabelecer-se uma conexão entre patrão e empregado, ainda que não presencial, possibilitando não apenas a efetiva aferição em tempo real de trabalho, mas também do seu ritmo e a plena ciência da localização do trabalhador.

Sobre o tema, pertinentes as palavras de Carelli (2017, p. 334), mencionando o tratamento da matéria dispensado no plano internacional:

Conforme a OIT recomenda, deve-se atentar para os tipos de teletrabalho e eliminar suas consequências danosas, para que somente os efeitos positivos do trabalho à distância permaneçam. O teletrabalho não pode ser somente um meio eficaz de apropriação da vida privada do ser humano que trabalha; ele deve ser olhado sob o viés do futuro promissor de uma vida melhor e com o trabalho mais digno, não pelo olhar de um passado meramente exploratório.

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, incisos IX, XIII, XV e XXII, da Constituição, sem qualquer exceção, aplicando-se integralmente à modalidade do teletrabalho. Neste particular, ao excluir da proteção quanto à limitação da duração do trabalho, a Reforma Trabalhista incorreu em flagrante inconstitucionalidade.

No Direito Comparado, o Código do Trabalho Português (PORTUGAL, Lei nº 7/2009) serve de exemplo de orientação diversa, favorável ao empregado, não só determinando a fixação de horário de trabalho, como permitindo a pactuação desta espécie de modalidade por regime de tempo parcial.

Na França, recentemente, foi proibido o uso de qualquer ferramenta de comunicação à distância após o término do expediente, a fim de preservar a carga horária de trabalho semanal de 35 horas, bem como para que os trabalhadores pudessem, efetivamente, fruir do descanso entre jornadas. A medida justificou-se na prática adotada por diversos empregadores de exigir a checagem de *e-mails* e de outras ferramentas semelhantes e respostas imediatas do empregado, o qual ficava em estado permanente à disposição, configurando “tempo de trabalho digital”.¹²

Destaque-se, ainda, o entendimento majoritário dos participantes da II Jornada Nacional de Direito Material e Processual do Trabalho, promovida pela Anamatra, entre os dias 09 e 10 de outubro de 2017, pela aprovação do Enunciado nº 71, com a seguinte redação:

São devidas horas extras em regime de teletrabalho, assegurado em qualquer caso o direito ao repouso semanal remunerado. Interpretação do art. 62, III e do parágrafo único do art. 6º da CLT conforme o art. 7º, XIII e XV, da Constituição da República. O art. 7º, “E”, “G” E “H” Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”), promulgado pelo Decreto 3.321, de

12 A matéria, dada sua relevância, foi pauta na imprensa brasileira, conforme veiculado em <<http://epocanegocios.globo.com/Informacao/Acao/noticia/2014/04/franca-proibe-emails-do-trabalho-apos-18h.html>> e <<http://meiobit.com/344965/franca-lei-proibem-e-mail-trabalho-fora-horario-expediente/>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

30 de dezembro de 1999, e a Recomendação 116 DA OIT.¹³

Note-se que a inclusão do teletrabalho na regra do art. 62 da CLT afronta, ainda, o disposto no art. 6º, também da CLT, com a redação recentemente dada pela Lei n. 12.511/11, uma vez que importa discriminação entre empregados que trabalhem dentro e fora do estabelecimento da empresa.

A propósito, segundo a jurisprudência pacificada do TST, o uso de tecnologia de informação e a atuação do trabalhador a distância, por si só, não inviabiliza o controle, pelo empregador, do tempo de serviço ou à disposição, como se infere do teor do item II da Súmula nº 428 daquela Corte. Na mesma linha, o entendimento do TRT da 12ª Região, nos termos do seguinte precedente:

Ementa: SOBREAVISO. CARACTERIZAÇÃO. NOVA REDAÇÃO DO ITEM II DA SÚMULA Nº 428 DO TST.

Durante anos prevaleceu o entendimento de que a caracterização do sobreaviso dependia da exigência imposta pelo empregador ao seu empregado para que, mesmo fora do seu horário normal de trabalho, permanecesse em casa aguardando eventual chamado. Assim, entendia-se que a restrição à liberdade de locomoção gerava ao empregado o direito a uma remuneração. No entanto, em face do avanço tecnológico e do desenvolvimento de ferramentas que viabilizam o trabalho à distância e o deslocamento sem prejuízo da possibilidade de contato, atenuou-se, para fins de configuração do sobreaviso, a necessidade de permanência em casa e passou-se também a considerar a existência de regime de plantão e de controle patronal por algum meio telemático ou informatizado, consoante entendimento firmado por intermédio da Súmula nº 428 do TST. (TRT12, RO 0003414-45.2014.5.12.0005, Rel. Desembargadora Maria de Lourdes Leiria, 29/10/2015)

Além disso, conforme se evidencia de vários julgados e, apenas a título ilustrativo, a ementa que segue, sempre que for possível a fixação e o controle da jornada realizada pelo trabalhador, este fará jus a todos os direitos inerentes à duração do trabalho.

EMENTA: HORAS EXTRAS. EMPREGADO QUE EXERCE ATIVIDADE EXTERNA. POSSIBILIDADE DE CONTROLE

13 A íntegra dos enunciados aprovados encontra-se disponível em <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

DE HORÁRIO. NÃO SUJEIÇÃO DO TRABALHADOR À EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 62, I, DA CLT. Sendo a atividade externa realizada pelo empregado compatível com a fixação e controle de jornada, não há falar na exceção prevista no art. 62, I, da CLT, sendo devidas ao trabalhador as horas extras laboradas. (TRT4 RO 0020292-31.2016.5.04.0641, Rel. Desembargador Joao Paulo Lucena, 19/06/2017)

A pergunta que cabe aqui é, diante do atual estágio tecnológico, qual tipo de atividade não estaria sujeita à fixação e controle quanto ao tempo de trabalho? Certamente não aquela em que o trabalhador se encontra conectado ao seu empregador pelos mais modernos instrumentos tecnológicos de comunicação. Reconhecer os direitos fundamentais relacionados à duração do trabalho aos empregados que exercem atividades à distância resume-se, pois, a uma questão de vontade, e não de possibilidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como demonstram os enunciados e julgados que encerram a seção anterior, é possível reconhecer aos trabalhadores que exercem sua atividade a distância os direitos fundamentais relacionados à duração do trabalho, mormente quando tais trabalhadores exercem seu mister conectados ao empregador mediante meios tecnológicos de comunicação, em constante avanço.

45

O que os operadores do Direito do Trabalho precisam é admitir, de uma vez por todas, que as normas fundamentais sobre a limitação da jornada constantes do Texto Constitucional constituem um patamar civilizatório mínimo, que não pode ser afastado por normas infraconstitucionais, conforme sopram os ventos impulsionados pelos interesses do capital. É preciso, enfim, aceitar as regras constitucionais e os direitos acerca da limitação da jornada de trabalho como um ponto de partida irreversível, um mínimo sobre o qual se deve avançar e jamais retroceder. Somente assim poderemos conservar o que há de humano nessa relação tão desumana – e justamente por isso conflituosa – entre capital e trabalho.

Se a tecnologia que criamos para nos servir não tiver outra finalidade que aplacar nossa ânsia por riqueza econômica, à custa de tornar venal todo o nosso tempo de vida na Terra, o “teletrabalho” não significará

apenas trabalho a distância, mas também um distanciamento dos próprios direitos fundamentais do trabalhador e, ao cabo, de sua própria dignidade na condição de ser humano. Nesse momento, a epígrafe desse texto, colhida por Saramago do Livro das Previsões, poderá tornar-se uma lamentável e irreversível realidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Almiro Eduardo de.; SEVERO, Valdete Souto. **Direito à desconexão nas relações sociais do trabalho**. São Paulo: LTr, 2016.

ANAMATRA. Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. **Listagem de enunciados aprovados**. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 05 de outubro de 1988. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

46

_____. **Decreto-Lei nº 5.452** (Consolidação das Leis do Trabalho-CLT). 1º de maio de 1943. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

BUBLITZ, Michelle Dias. **Pessoa com deficiência e teletrabalho**: reflexões à luz do valor social do trabalho (*inclusão social e fraternidade*). 2014. 127 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Disponível em:<<http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/5794?mode=full>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. Porto Alegre: Síntese, 1999, 2003.

CARELLI, Rodrigo. O teletrabalho In SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. SEVERO, Valdete Souto (Coordenadores). **Resistência**: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. São Paulo: Expressão Popular, 2017, pp. 327-334.

FÓRUM NACIONAL DE PROCESSO DO TRABALHO. **Listagem de enunciados aprovados**. Disponível em: <<http://fnptrabalho.com.br/enunciados-antiores/>>. Acesso em: 09 fev. 2018.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

LIMA, Francisco Meton Marques de. LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. **Reforma Trabalhista**: entenda ponto por ponto. São Paulo, LTr, 2017.

MARX, Karl. **Trabalho assalariado e capital & salário, preço e lucro**. S/t. 2 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

MOLINA, André Araújo. **Teoria dos Princípios Trabalhistas**: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2013.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/conv_1.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2018.

PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1978.

PORTUGAL. **Lei nº 7/2009** (Código do Trabalho de Portugal). Disponível em: <http://www.unl.pt/sites/default/files/codigo_do_trabalho.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2018.

ROESLER, Átila da Rold. Teletrabalho, mais uma maldade da “Reforma Trabalhista” ou Karl Marx e o Teletrabalho In SEVERO, Valdete Souto. *Et al* (coordenadores).

Comentários à Lei 13.467/17: contribuições para um enfrentamento crítico. Porto Alegre: HS Editora, 2017, pp. 62-65.

ROSENFELD, Cinara L.; ALVES, Daniela A. de. Teletrabalho In: CATTANI, Antonio David; HOZMANN, Lorena (orgs.). Dicionário de Trabalho e Tecnologia. Porto Alegre: Zouk, 2011, p. 415, *apud* CARELLI, Rodrigo. O teletrabalho In SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. SEVERO, Valdete Souto (Coordenadores). **Resistência**: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. São Paulo: Expressão Popular, 2017, pp. 327-334.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto *et al.* **Reforma Trabalhista**: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da Med. Prov. nº 808/2017 – 2. ed – São Paulo: Editora Rideel, 2018.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)**. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2017.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: Estrutura Legal e Supostos. São Paulo: LTr, 2005.