

REDUÇÃO DE RISCOS INERENTES AO TELETRABALHO POR MEIO DA LIMITAÇÃO DA DURAÇÃO DO TRABALHO

REDUCING RISKS INHERENT TO TELEWORK THROUGH LIMITATION OF WORKING TIME

Priscila Freire da Silva Cezario*

RESUMO: A Lei nº 13.467/2017, Reforma de 2017, introduziu diversas alterações à CLT. Neste artigo, dividido em duas seções, enfrenta-se tema inerente ao marco regulatório do teletrabalho. Na primeira seção, navega-se pelo parágrafo único do art. 611-B, que nega às regras limitadoras da duração do trabalho a natureza de normas de saúde e segurança. Na segunda, pelo inciso III do art. 62, que exclui de teletrabalhadores o direito à limitação da duração do trabalho, oferecendo-se o princípio da autogestão moderada pelo controle como alternativa, observadas suas relações com a lei geral de proteção de dados.

PALAVRAS-CHAVE: Teletrabalho. Duração do Trabalho. Art. 611-B. Reforma de 2017.

ABSTRACT: Law no. 13,467/2017, Reform of 2017, has introduced several amendments to the CLT. In this article, which is divided in two sections, it is addressed matter inherent to the regulatory framework for telework. In the first section, it is deepened the sole paragraph of article 611-B, which denies to the rules limiting working time the nature of health and safety standards. In the second section, it is deepened the item III of article 62, which excludes from teleworkers the right to limitation of working time, offering the principle of self-management moderated by control as alternative, observing their relationship with the general data protection law.

KEYWORDS: Telework. Working Time. Article 611-B. Reform of 2017.

Introdução

A Reforma Trabalhista, implementada pela Lei nº 13.467/2017, regulamentou o teletrabalho. Considerou como tal “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”.

* *Mestre e doutoranda em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito; graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; pesquisadora do grupo de estudos de Direito Contemporâneo do Trabalho e da Seguridade Social; advogada.*

Como em outros temas compreendidos pela Reforma de 2017, a Lei nº 13.467 incorporou à CLT importantes vantagens aos empregadores ao regulamentar o teletrabalho, ampliando o desequilíbrio que outrora justificou o surgimento do Direito do Trabalho.

Neste artigo, será enfrentada a isenção de teletrabalhadores de controle de jornada, com exclusão desse contingente de trabalhadores das proteções concernentes à duração do trabalho, conforme inciso III, adicionado ao art. 62 da CLT. Será ainda analisada a previsão, no parágrafo único, do novo art. 611-B, de que limites à duração do trabalho não têm qualquer relação com a saúde do trabalhador. As duas regras serão confrontadas com a Constituição e o parágrafo único do novo art. 611-B, também com a Convenção nº 155 da OIT.

1 – Inconvencionalidade e inconstitucionalidade do parágrafo único do novo art. 611-B da CLT

A Lei nº 13.467/2017, ao incluir os arts. 611-A e 611-B à CLT, enumerando, no primeiro, rol exemplificativo de situações em que as denominadas negociações *in pejus* prevalecem sobre a lei, em que relacionadas diversas regras sobre duração do trabalho e o próprio regime de teletrabalho, abriu caminho para a negociação coletiva ampliar a desregulamentação promovida pela Reforma de 2017. Não à toa, foi inserida no parágrafo único do art. 611-B a previsão de que “[r]egras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo”.

Para Raimundo Simão de Melo (2018, p. 358), a inclusão do dispositivo em comento à CLT “demonstra de maneira insofismável que o objetivo da reforma foi favorecer os setores patronais, sem qualquer preocupação com as questões de saúde e segurança”. Marcelo Rodrigues Prata (2018, p. 372-373) adjetiva o dispositivo “de *ficção jurídica teratológica*, autoritária, inútil e desnecessária”. Segundo Prata, a Reforma de 2017 foi “uma tentativa de dismantelamento de uma das principais instituições do *Direito Ambiental do Trabalho*, qual seja, *a dos limites da duração do trabalho (...) com o indisfarçável propósito de evitar a alegação de inconstitucionalidade dos seus arts. 611-A e 611-B*”. Ou seja, a própria natureza das coisas foi alterada, com o fim de se conferir carta branca para abusos em tema de limitação da duração do trabalho. Ora, “[a] regra de direito não é [ou não deveria ser] algo arbitrário, imposto pelo legislador, mas, ao contrário”, conforme doutrina de Miguel Reale (2002, p. 285), “algo que obedece a uma *ratio juris*, o que quer dizer à *razão natural*

das cousas. A natureza das *cousas* implica a apreciação de vários elementos, demográficos, econômicos, históricos, morais, religiosos” e, claro, científicos.

A inadequação do parágrafo único do novo art. 611-B da CLT, “muito bem justificada no contexto da reforma”, como afirma Raimundo Simão de Melo (2018, p. 355), é inferida do panorama em que surgido o Direito do Trabalho. Conforme observações de Amauri Mascaro Nascimento (2010), até que o Estado interviesse para estancar os abusos dos empregadores, o número diário de horas de trabalho era fixado em quantia exagerada para atender aos interesses da produção, sem qualquer preocupação com a integridade física e mesmo mental dos empregados. Em função das condições precárias de trabalho, caracterizadas, também, pela jornada excessiva, ocorreram acidentes e eclosão ou até agravamento de doenças típicas do ambiente profissional.

O Direito do Trabalho surgiu para coibir os abusos do liberalismo econômico – hoje tão em voga quanto no passado – que tanto degradaram a condição humana dos trabalhadores. Nesse compasso, em 1802, foi editada pelo parlamento britânico, capitaneado por Robert Peel, a Lei de Saúde e Moral dos Aprendizes. A lei limitou a jornada do aprendiz a 12 horas, proibiu o trabalho noturno e obrigou o empregador a tomar outras medidas tendentes a humanizar o ambiente de trabalho (OLIVEIRA, 2011). A primeira lei de proteção do trabalhador, inquestionavelmente, nasceu para preservar sua saúde e visava a alcançar esse objetivo, entre medidas ordinariamente ambientais, justamente por meio da limitação da jornada de trabalho.

As longas jornadas de trabalho empreendidas sob a égide da Primeira Revolução Industrial, está claro, adoeceram trabalhadores. O Papa Leão XIII também viu nisso espaço para estimular a redução das cargas horárias de trabalho. Consagrou no art. 25 da Encíclica *Rerum Novarum* o princípio de que o excesso de trabalho embrutece o espírito e debilita o corpo. Recomendou, assim, o equacionamento entre períodos de trabalho e descanso, rechaçando prorrogações de jornada por mais tempo que o permitido pela natureza humana, revestida de limites que não se podem ultrapassar, sugerindo-se descansos proporcionais ao dispêndio de forças a serem restituídas, como também “à compleição e saúde dos operários”. Sob a ótica de documento inerente à consolidação do Direito do Trabalho, a limitação da duração do labor é imprescindível para a preservação da saúde do trabalhador.

Nessa direção, na primeira Conferência Internacional da OIT, celebrada em 1919, foram editadas seis convenções internacionais, a inaugural visando justamente a limitar a duração do trabalho a oito horas diárias e 48 semanais. No mesmo sentido, a legislação comunitária da União Europeia. Nos termos do

art. 1º da Diretiva 2003/88/CE, regras envolvendo duração do trabalho integram o conjunto das normas alusivas à saúde e segurança dos trabalhadores. Sobre a diretiva, Júlio Manuel Vieira Gomes (2007, p. 654) arremata: “a matéria em tempo de trabalho pode obviamente interferir com a saúde dos trabalhadores e a segurança no trabalho”.

Sobre o tema, pesquisadores da OIT asseveram: “Extensas pesquisas foram realizadas, principalmente nos Estados Unidos e na Europa, sobre os vínculos entre longas horas de trabalho e saúde e bem-estar, particularmente em relação ao estresse e outros problemas de saúde mental (...)”¹. Os pesquisadores da OIT destacam, ainda, que “longas jornadas de trabalho tendem a estar associadas a escolhas de vida prejudiciais à saúde, como tabagismo, consumo de café e álcool, falta de exercício e dieta pobre”² (FAGAN *et al.*, 2012, p. 9).

Conforme Sebastião Geraldo de Oliveira (2011, p. 175), o trabalho extraordinário agride a saúde do trabalhador em razão do cansaço promovido pelo “dispêndio energético para manter o organismo em equilíbrio homeostático”. Isso ocorre tanto nas atividades que exigem esforço físico do trabalhador quanto naquelas que provocam desgaste puramente mental, mesmo porque, anota Oliveira (2011, p. 214), “[a] força de trabalho exigida do operário está se deslocando rapidamente dos braços para o cérebro”. A assertiva é realçada pela Norma Técnica sobre LER/DORT³, quando destaca que a eclosão das LER/DORT “provocou uma mudança no conceito tradicional de que o trabalho pesado, envolvendo esforço físico, é mais desgastante que o trabalho leve, envolvendo esforço mental”.

A Convenção nº 155 da OIT, sobre saúde e segurança dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, foi ratificada pelo Brasil⁴. Os Estados convenientes, à luz de seu art. 4º, são obrigados a “formular, por em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente” sobre o tema. O objetivo da política, consta do dispositivo, é “prevenir os acidentes e os danos à saúde” de qualquer maneira relacionados ao trabalho.

O escopo preventivo de que trata a política determinada pela Convenção nº 155 deve ser perseguido a partir das esferas de ação elencadas no artigo 5, em que se destaca a alínea *b*. Na regra, prevê-se expressamente a adaptação do próprio tempo de trabalho às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores, como forma de promover a adaptação do trabalho em si ao homem. Logo, ne-

1 Tradução livre.

2 Tradução livre.

3 Aprovada pela Instrução Normativa DC/INSS nº 98, de 05.12.03.

4 Promulgada por meio do Decreto nº 1.254/94.

nhum Estado poderia negar o pertencimento das regras limitadoras da duração do trabalho ao conjunto das normas de saúde e segurança.

A alínea *b* do artigo 5 da Convenção nº 155 confirma categoricamente que a limitação da duração do trabalho constitui instrumento a favor do estado de completo bem-estar⁵. O instrumento, insista-se, foi ratificado pelo Brasil. De tal maneira, é inconvençional o parágrafo único do novo art. 611-B da CLT, além de inconstitucional, na esteira do Enunciado Aglutinado nº 11, da Comissão 3, da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho.

A inconvençionalidade do novo art. 611-B da CLT, como visto, resulta da contrariedade a texto expresso de convenção internacional ratificada pelo Brasil. Já a inconstitucionalidade deriva de afronta ao inciso XXII do art. 7º da Constituição. À luz de tal mandamento constitucional, é direito fundamental dos trabalhadores a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. O dispositivo consagra o princípio do risco mínimo regressivo. O princípio, sem dúvidas, encampa restrições à duração do trabalho, porque inegáveis as relações entre o tempo de trabalho e a saúde do trabalhador. A Reforma de 2017 violou de forma manifesta o princípio em questão, dado que afastou formalmente o vínculo entre duração do trabalho e saúde e segurança dos trabalhadores visando a aumentar riscos inerentes ao trabalho, acentuados para o teletrabalhador.

Não basta limitar a jornada para preservar a saúde e segurança do trabalhador, é preciso, observa Sebastião Geraldo de Oliveira (2011, p. 177), “controlar, com rigor, o trabalho extraordinário”. O legislador brasileiro, não obstante, excluiu teletrabalhadores do capítulo da CLT que versa sobre duração do trabalho, equiparando todo e qualquer teletrabalhador a titulares de cargo de gestão. Ainda, criou a fórmula teratológica sobre a qual ora se discute, contida no parágrafo único do novo art. 611-B da CLT.

O rigor científico da afirmação no sentido de que regras limitadoras da duração do trabalho têm, sim, natureza de normas de saúde e segurança, é inferrido de estudos acerca dos impactos da limitação de jornada na saúde e até na vida dos trabalhadores. Segundo Constanze Leineweber *et al.* (2018), diversos estudos comprovam que o controle sobre as horas trabalhadas é positivo para a saúde mental dos trabalhadores. Longas jornadas de trabalho potencializam risco de ataques cardíacos e acidente vascular cerebral, assinalam Mika Kivi-

5 Nos termos da Constituição da OMS: “Saúde é um estado de completo bem-estar, físico, mental e social, e não meramente a ausência de doença ou enfermidade”. (Tradução livre)

mäki *et al.* (2015), podendo acarretar até mesmo a morte do empregado, como enfatizado por Kenji Iwasaki, Masaya Takahashi e Akinori Nakata (2006).

Indene de dúvidas que a limitação da duração do trabalho constitui relevante medida de preservação da saúde e segurança de trabalhadores em geral, convém examinar a inclusão de teletrabalhadores no rol de empregados isentos de controle de jornada.

2 – Inconstitucionalidade do inciso III do art. 62 da CLT

Até o advento da Lei nº 13.467/2017, o art. 62 da CLT contemplava somente duas hipóteses de isenção de controle de jornada. No inciso I, “empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho” e, no inciso II, detentores de cargo de confiança, ou seja, “gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam (...) os diretores e chefes de departamento ou filial”.

O teletrabalhador, como o titular de cargo de confiança, foi inserido no art. 62 da CLT, sem a ressalva presente no inciso I. Assim, conforme exegese do inciso III, não se submete ao regime de duração do trabalho nem mesmo se suas atividades forem compatíveis com fixação e consequente controle de horário de trabalho. Há doutrina nesse sentido (BATALHA, 2018). Segundo Vólia Bomfim Cassar (2017, p. 660), a intenção do legislador foi “fugir da limitação contida no inciso I do art. 62 da CLT, que não exclui todos os externos (...) mas apenas aqueles cuja fixação de horário é incompatível com o serviço”.

Apesar de parcela da doutrina (ESTRADA, 2008; MARTINS, 2011) e até da jurisprudência, conforme decisão do TST no julgamento do AIRR 62141-19.2003.5.10.0011⁶, admitir o enquadramento do teletrabalhador no inciso I do art. 62 da CLT, por considerar o exercício de atividades no regime como regra incompatível com controle, são ressonantes na doutrina os entendimentos contrários (DI MARTINO; WIRTH, 1990; GOMES, 2007; GAUTHIER, 2012), assim como as críticas à alteração promovida pelo legislador em 2017 (CASSAR, 2017; SILVA, 2017; MELO, 2018; PAMPLONA; FERNANDEZ, 2018).

Antes da Reforma de 2017 e até da Lei nº 12.551/2011, que, alterando o art. 6º da CLT, reconheceu a equivalência entre meios de controle telemático e presenciais, Estêvão Mallet (2012) considerava possível a elegibilidade de

6 Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 62141-19.2003.5.10.0011. Agravante: Heider Fernandes Filho. Agravada: Esso Brasileira de Petróleo Ltda. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado. Data de Julgamento: 07.04.2010. Órgão julgador: 6ª Turma. Data de Publicação: DEJT 16.04.2010. Acesso em: 27.05.2018.

DOCTRINA

teletrabalhadores a horas extras, dada a efetiva possibilidade de controle. No mesmo sentido, pronunciaram-se representantes da sociedade ouvidos em audiência pública em que se tratou do teletrabalho, inclusive da parte patronal⁷. A propósito, destaca-se surpresa quanto ao fato de entidade sindical como o SINDPD não ter sido convidada a falar em nome dos trabalhadores.

SINDPD e SEPROSP negociam condições de trabalho no regime de teletrabalho pelo menos desde o ano de 2002⁸. Excluíram de teletrabalhadores o direito aos adicionais de horas extras, noturno e outros, até o ano de 2011. Sob influência da Lei nº 12.551/2011, os sindicatos convenientes, em 2012, modificaram a redação da cláusula sobre trabalho em casa, deixando de afastar dos teletrabalhadores os direitos vinculados ao controle de jornada.

Sensível à realidade inquestionável que é a possibilidade de controle, para “adequar a legislação às novas relações de trabalho”, supostamente modernizando-a, o legislador, em 2017, alterou profundamente a CLT. Regulamentou o teletrabalho no Capítulo II-A, situado após o que trata da duração do trabalho, parte do Título II, das normas gerais de tutela do trabalho.

No contexto em que emergida a Reforma de 2017, a regulamentação do teletrabalho ao lado das regras sobre duração do trabalho, em vez de modernizar a legislação, impulsiona a “superexploração do trabalhador”, expressão utilizada por Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho (2012) em alusão à alteração do art. 6º da CLT. A intenção poderia ter sido disfarçada se o teletrabalho tivesse sido regulamentado com as normas especiais de tutela do trabalho, como se propôs no Projeto de Lei do Senado nº 274/2013, ou com as regras que disciplinam o contrato individual de trabalho, como se sugeriu no Projeto de Lei do Senado nº 326/2013.

A Reforma de 2017 resultou do Projeto de Lei nº 6.787/2016, submetido em 23.12.2016. A iniciativa foi do Presidente Michel Temer, conduzido à Presidência da República em decorrência de *impeachment* altamente questionável. Inicialmente, o projeto apenas conferiria maior autonomia aos atores coletivos, prestigiando a prevalência do negociado sobre o legislado. Ao menos essa foi a justificativa do Ministro do Trabalho à ocasião.

7 Na referida audiência pública, foram ouvidos: Álvaro Melo, ex-presidente da Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades; Wolnei Tadeu Ferreira, então presidente da referida associação; Hugo Cavalcanti Melo Filho, juiz do trabalho; Luiz Antonio Colussi, diretor de assuntos legislativos da Anamatra; e Edgar Serrano, presidente da Federação Nacional das Empresas de Informática. Nenhum representante dos trabalhadores participou da audiência (BRASIL. Câmara dos Deputados. PL nº 6.787/2016. Reforma Trabalhista – Audiência Pública).

8 É desse ano a primeira convenção coletiva de trabalho celebrada pelas referidas entidades que se encontra disponível na rede mundial de computadores, já disciplinando o “trabalho fora da empresa”.

DOCTRINA

Em 15.03.2017, foi realizada a audiência pública acima referida, para discutir especificamente o “trabalho remoto”, mas no contexto de projeto que se limitaria a prestigiar a autonomia coletiva da vontade e reconhecer que o teletrabalho poderia constituir objeto de negociação coletiva. Em 12.04.2017, o Deputado Rogério Marinho, relator da Comissão Especial criada para analisar o Projeto de Lei nº 6.787/2016, opinou pela sua aprovação, com inúmeras emendas. Foi nesse momento que a regulamentação do teletrabalho ganhou o corpo veiculado hoje no inciso III do art. 62, e a partir do art. 75-A da CLT.

Em 26.04.2017, o projeto foi aprovado pelo plenário e remetido ao Senado, onde tramitou sob o nº 38/2017. Foi aprovado na CAE, em 06.06.2017, com parecer do Senador Ricardo Ferraço, bem ainda na CCJC, em 28.06.2017, com parecer do Senador Romero Jucá. Em 04.07.2017, foi aprovado, no Senado, requerimento de urgência para tramitação do projeto. A aprovação ocorreu na semana subsequente e a sanção presidencial conferida em 13.07.2017, encontrando-se a Lei nº 13.467/2017 em vigor desde 11.11.2017.

A regulamentação do teletrabalho, como se percebe, nasceu apenas três meses antes da sanção presidencial e após a audiência pública em que discutida a possibilidade de o regime constituir objeto de negociação coletiva, ocasião em que sequer ouvidos representantes dos trabalhadores, reforce-se. O histórico atesta, claramente, que a regulamentação do teletrabalho, tal como concluída pela Lei nº 13.467/2017, foi imposta à sociedade.

Mesmo os depoimentos de representantes da sociedade ouvidos na audiência pública em que discutido o primado da negociação coletiva em matéria de trabalho remoto foram desconsiderados. A ocasião foi marcada pelo tom unísono das preocupações com aumento de carga horária, assim como o reconhecimento, até pelo representante de empregadores ouvido, da possibilidade de o empregador controlar a carga horária do teletrabalhador. Não obstante, o primeiro “cuidado” do legislador brasileiro foi “excluir os empregados em regime de teletrabalho da abrangência do Título da CLT relativo à duração do trabalho, por intermédio da inclusão de um inciso III ao art. 62 da Consolidação”. As expressões ora grafadas entre aspas, frise-se, constam do parecer do relator na Comissão Especial (BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial..., 2017, p. 42-44).

Como imposta, a regulamentação encampa proposta comprometida apenas com a comunidade empresarial. Seu “viés autoritário”⁹ é destacado pela

9 Tomamos emprestada a expressão grafada entre aspas de Homero Batista Mateus da Silva (2017, p. 17). O autor coloca a Lei nº 13.467/2017 em xeque sob os seguintes termos: “Pelo regime de urgência desmesurado, pelo silêncio em torno de direitos fundamentais como a saúde e a liberdade sindical e

contrariedade ao direito vivo (EHRlich, 1986), representado pelo plano dos fatos. A consciência jurídica do povo, refletida em pesquisas conduzidas virtualmente pelas casas legislativas pátrias (E-DEMOCRACIA; E-CIDADANIA), em manifestações dos movimentos sociais, notadamente a greve geral de 28.04.2017, assim como em depoimentos dos expertos ouvidos em audiência pública, foi relegada a segundo plano, por congressistas que perderam a representatividade da sociedade¹⁰. Ao negar que a limitação da jornada pertence ao campo da saúde do trabalhador, como ao afastar o controle de jornada de teletrabalhadores, a Reforma contrariou a própria realidade.

A alteração promovida pela Lei nº 13.467/2017, no sentido de isentar teletrabalhadores de controle de jornada, poderia ser positiva no que concerne a empregados de colarinho branco, assim considerados aqueles cujas atividades são predominantemente intelectuais. Nessa direção se posiciona Célio Pereira Oliveira Neto (2018), ao referir a experimento empírico no qual constatou ser do interesse dos trabalhadores continuar o trabalho após o horário contratual, por uma questão de realização pessoal. Segundo o autor, o trabalhador envolvido em um determinado projeto poderia se sentir frustrado por ter de retomar a linha de pensamento no dia seguinte, só porque encerrado seu horário de trabalho. Apesar de horários rígidos poderem ocasionalmente representar incômodos aos próprios trabalhadores, mesmo empregados de colarinho branco, a nosso ver, devem ter preservada a limitação do tempo de trabalho. É difícil precisar se o incômodo decorre de fato da vontade do trabalhador. Pode resultar da competitividade entre colegas de trabalho ou da vontade de mostrar trabalho ao empregador, sobretudo, quando fisicamente distante do chefe.

A regulamentação, como imposta, é preocupante, sobretudo, diante da perspectiva do futuro do trabalho, com ênfase para o surgimento de profissionais cunhados por Christophe Degryse (2016) de *digital galley slaves*, é dizer, escravos digitais confinados em galerias, profissionais pouco qualificados dedicados à alimentação de bancos de dados. Em relatório conjunto da OIT e da EUROFOUND, constatou-se que, apesar de o teletrabalho ser mais comum entre gerentes e outros empregados de colarinho branco, o regime vem sendo utilizado em larga escala também em atividades de suporte e vendas, destinadas

pela excessiva preocupação em desmoralizar o TST, a reforma de 2017 ficará indelevelmente marcada por seu viés autoritário”.

- 10 Na apresentação de seu livro de comentários à Reforma Trabalhista, Vólia Bomfim Cassar destacou que a Lei nº 13.467/2017 “desconstrói o Direito do Trabalho como conhecemos” e, na introdução, seu coautor, Leonardo Dias Borges, explicou que isso ocorre porque as mudanças de paradigmas, no Brasil, têm sido “casuísticas, além de representarem a vontade de um momentâneo grupo que se encontra, de plantão no poder, faltando-lhe, assim, a devida legitimação material” (CASSAR; BORGES, 2017).

em princípio aos trabalhadores de colarinhos azuis (EUROFOUND AND THE INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, 2017, p. 57).

Entre os projetos de lei visando a regulamentar o teletrabalho, apenas o Projeto de Lei do Senado nº 274/2013 era assentado na premissa de que o empregador possui plenas condições de controlar o tempo de trabalho do teletrabalhador, admitindo jornada flexível sem controle de jornada. O art. 8º do Projeto de Lei nº 4.505/08, da Câmara, excluía de teletrabalhadores o direito às horas extras, mas dispunha ao menos que a carga horária do teletrabalhador não poderia exceder aquela aplicável aos empregados típicos, diferentemente do que ocorreu na Reforma de 2017.

No direito comunitário e estrangeiro são encontradas soluções variadas. O artigo 9º do Acordo Marco Europeu sobre Teletrabalho consagra o princípio da autogestão do tempo de trabalho. Isenta empregadores da obrigação de controlar a jornada de teletrabalhadores, mas reconhece expressamente o direito de teletrabalhadores à mesma carga horária a que sujeitos seus pares nas dependências do empregador.

A regulamentação portuguesa, do Código do Trabalho de 2003, limitava a jornada de trabalho dos teletrabalhadores da mesma maneira que o fazia para empregados típicos, como dispunha o art. 240, admitindo isenção de horário de trabalho, de forma facultativa, conforme art. 241. A disposição do art. 241, de 2003, encontra correspondência na alínea *c* do item “1” do art. 218 do Código do Trabalho atualmente vigente, de 2009. Conforme o dispositivo mais recente, a isenção de horário de trabalho é possível, mas condicionada a acordo escrito entre empregador e teletrabalhador. Inexistente ajuste nesse sentido, aplicam-se os limites estabelecidos para empregados típicos.

À luz do item II do art. L1222-9¹¹ do Código do Trabalho francês, que elenca o conteúdo mínimo do acordo coletivo ou da carta elaborada pelo empregador com vistas a disciplinar o teletrabalho, o controle de jornada deve existir e isso independentemente da modalidade de conexão. Porém, as partes são livres para escolher as formas de controle ou a regulação da carga de trabalho. De todo modo, os instrumentos devem incluir a delimitação do horário dentro do qual o empregador poderá contatar o empregado em regime de teletrabalho. É que, na forma do item III do art. L1222-9, será considerada como acidente de trabalho qualquer intercorrência ocorrida no local onde o teletrabalho é executado, no horário definido para desenvolvimento das atividades do teletrabalhador.

11 Com redação dada pela LOI n° 2018-771 du 5 septembre 2018 – art. 68 (VD).

DOCTRINA

Na Romênia, como na França, o art. 5º da Lei nº 81/2018 assume a existência de controle. À luz do dispositivo, o programa a ser utilizado para aferir a jornada cumprida e o método real de controle devem ser relacionados no contrato de trabalho.

Na Hungria, conforme item 5 do artigo 198, o horário de trabalho do teletrabalhador é flexível, admitindo-se acordo em sentido contrário. Não obstante, alerta a doutrina húngara (BANKÓ; SZÓKE, 2016), a flexibilidade de horário não serve para legitimar a fuga da limitação da duração do trabalho.

Na Colômbia, conforme item “1” do artigo 6º da Lei nº 1221/2008, teletrabalhadores são isentos de controle de jornada de trabalho, assim como ineligiáveis a horas extras e adicional por trabalho noturno, em razão da natureza especial de suas atividades. Sem prejuízo, o dispositivo prevê a possibilidade de a autoridade competente conduzir fiscalizações tendentes a evitar a submissão de teletrabalhadores a excessivas cargas de trabalho. À luz do parágrafo do referido artigo 6º, afinado com o princípio da primazia da realidade, será descaracterizada a isenção de controle, com conseqüente condenação do empregador ao pagamento de horas extras, se a realidade dos fatos evidenciar controle e se o trabalhador se mantiver em jornada de trabalho extraordinária a pedido do empregador, ainda que por via transversa, mediante designação de atividades excedentes das ordinárias.

Os teletrabalhadores da Prefeitura Los Angeles, na Califórnia, EUA, modelo de liberalismo trabalhista para alguns, têm controle de jornada. De acordo com seu programa de teletrabalho, conserva-se o regime típico de duração do trabalho, horas extras, remuneração e férias. A cláusula 4, do modelo de contrato de teletrabalho que acompanha o programa, contempla espaços em branco a serem preenchidos com os horários de início e término da jornada de trabalho do teletrabalhador. Conforme a alínea *i* da seção de condições para o teletrabalho, do modelo de contrato, a realização de horas extras pressupõe autorização do respectivo gerente, como ocorreria se a prestação de serviços se desenvolvesse nas instalações da prefeitura (LOS ANGELES COUNTY, 2017).

Como se vê, a isenção de controle de jornada é incentivada pelo Acordo Marco Europeu sobre Trabalho, mas não é posta em prática por todos os países europeus que regulamentaram o teletrabalho a seu modo. Onde reconhecida a isenção, entre países abrangidos pelo Acordo Marco ou não, teletrabalhadores são contemplados pelo menos com equivalência de carga horária em relação a seus pares que atuam a partir das instalações do empregador. No Brasil, onde não guardada a mesma cautela, há quem elogie a iniciativa do legislador, de excluir o teletrabalhador do regime da duração do trabalho, em pleno século

XXI, quando impossível negar o controle telemático, não sob o pretexto de valorizar a liberdade de iniciativa do empregado, mas pelo fato de que o teletrabalhador, em casa, poderia fingir trabalhar. Ignoram que o “fingimento”, tecnicamente denominado presenteísmo, ocorre também e em larga medida quando o trabalho é desenvolvido nas dependências do empregador.

É verdade que o princípio geral da boa-fé impede a presunção generalizada de que empregadores usarão da prerrogativa de não controlar a jornada de teletrabalhadores para lhes exigir uma desmesurada quantidade de trabalho extraordinário. Também é verdade que referido princípio impossibilita empregadores de caracterizarem empregados como “oportunistas natos”, conforme expressão de Alain Supiot *et al.* (2003, p. 294).

O contexto em que emergido a Reforma de 2017, contudo, faz razoável a presunção de que o teletrabalho, como regulamentado, pode constituir instrumento de exploração de trabalhadores. Não bastasse, pesa em desfavor do empregador o art. 2º da CLT, ou seja, se alguém tem que assumir o risco da desconfiância, é o empregador, titular de todos os ônus da atividade econômica.

Fato é que o controle de jornada é possível e deve ser implementado, mediante revogação do inciso III do art. 62 da CLT, ou declaração de sua inconstitucionalidade em face dos incisos XIII e XXII do art. 7º da Constituição. A jornada, contudo, não deve ser estanque, até porque essa previsão poderia se reverter contra o teletrabalhador, no caso de atividades puramente intelectuais. O teletrabalhador deve, sim, ter liberdade para administrar seu tempo de trabalho, mas isso no âmbito de uma autogestão moderada pelo controle, realizado por meio de *login* e *logoff*, mesmo porque nem o horário de trabalho padronizado, nem o local de trabalho fixo atendem às necessidades da produção do trabalhador e da sociedade como um todo.

A moderação da autogestão, pelo controle, é justificada na medida em que a flexibilidade induz no empregado o sentimento de obrigação de trabalhar em excesso, conforme observado por Colette Fagan *et al.* (2012), além do que, pontua Hélio Zylberstajn (2010, p. 65), na falta de limites, “os trabalhadores podem ser forçados a trabalhar jornadas longas, com prejuízos para sua saúde e para a qualidade de suas vidas”.

Empregadores conscientes de sua função social poderão se antecipar à revogação do inciso III do art. 62 da CLT, ou declaração de sua inconstitucionalidade. Poderão prestigiar o princípio da autogestão moderada pelo controle e controlar as atividades de teletrabalhadores, por meio de *login* e *logoff*, mediante consentimento expresso em “cláusula destacada das demais”, conforme art. 8º

da Lei nº 13.709/2018. A carência de consentimento, contudo, não autorizará o empregado a postular a indenização de que trata o art. 42 da Lei nº 13.709/2018.

A fiscalização não consentida não provoca dever de indenizar, porque tem por fim a salvaguarda do direito à saúde do empregado, por meio da limitação da duração do trabalho. Tampouco deve o empregador que realizar controle de *login e logoff* sem consentimento específico sofrer as sanções administrativas de que trata o art. 52 da Lei nº 13.709/2018, pois “[o] legítimo interesse do controlador”, à luz do art. 10, abrange a “proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos”. Sendo o monitoramento realizado em prol do direito do empregado à saúde, a lei não pode ser considerada infringida.

O princípio da autogestão moderada pelo controle visa a preservar não o limite de oito horas diárias fixado pelo inciso XIII do art. 7º da CRFB, mas o de 44 horas semanais determinado pelo mesmo dispositivo, podendo as partes, nesse compasso, fazer uso da prerrogativa do novo § 5º do art. 59 da CLT¹², se respeitado o limite máximo de 10 horas de trabalho ao dia e se de fato promover a melhoria da condição social do trabalhador.

Considerações finais

A Reforma de 2017 tramitou de forma apressada, sem qualquer compromisso com a sociedade, com a realidade, com a verdade. Visando a favorecer a comunidade empresarial, o legislador usou a força da lei para afrontar questões firmemente sedimentadas pela ciência.

No caso dos dispositivos examinados neste artigo, a Reforma de 2017 contrariou a possibilidade de controle de jornada, conferida pelas mesmas tecnologias que constituem o regime. Não bastasse, negou o pertencimento das regras limitadoras da jornada ao conjunto das normas de saúde e segurança, impactando não apenas o teletrabalhador, mas também o empregado típico. As regras emergiram em contexto político conturbado, apenas três meses antes da sanção presidencial, tempo insuficiente para amadurecerem questões tão complexas como as encampadas pela Lei nº 13.467/2017.

O parágrafo único do art. 611-B é inconstitucional e inconvenção. Restrições à duração do trabalho e saúde e segurança, à luz da OIT e da Constituição pátria, são indissociáveis. Correspondendo as regras limitadoras da duração do trabalho à saúde e segurança, é também inconstitucional o inciso III do art. 62

12 O dispositivo remete ao banco de horas semestral pactuado por acordo individual. A respeito de sua constitucionalidade, mitigada, cf. Priscila Freire da Silva Cezario (2018).

podendo sua inconstitucionalidade ser superada mediante reconhecimento do princípio da autogestão moderada pelo controle.

Referências bibliográficas

BANKÓ, Zoltán; SZÓKE, Gergely László. Issues of digital workplace: the situation in Hungary. *JurInfo*, Pécs, 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2927498>>. Acesso em: 27 set. 2019.

BATALHA, Elton Duarte. Teletrabalho: a reforma trabalhista brasileira e a experiência estrangeira. In: MANNRICH, Nelson (Coord.). *Reforma trabalhista: reflexões e críticas*. São Paulo: LTr, 2018.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Teletrabalho: interpretação da Lei nº 12.551 de forma a impedir a superexploração do trabalhador. *Jornal Trabalhista Consulex*. Brasília, ano 29, n. 1.458, p. 3-10, 24 dez. 2012. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_24074593_TELETRABALHO_INTEPRETACAO_DA_LEI_12551_DE_FORMA_A_IMPEDIR_A_SUPEREXPLORACAO_DO_TRABALHADOR.aspx>. Acesso em: 27 set. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.787, de 2016. *Relatório do Deputado Rogério Marinho*. Brasília, 12 abr. 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+6787/2016>. Acesso em: 27 set. 2019.

_____. _____. *PL nº 6.787/2016: Reforma Trabalhista – Audiência Pública – 15.03.2017 – 14:56*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=DB_pMjD8Hio>. Acesso em: 23 dez. 2017.

_____. Senado Federal. Comissão de Assuntos Econômicos. *Parecer relatado pelo Senador Ricardo Ferraço, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017*. Brasília, 23 maio de 2017. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5302372&disposition=inline>>. Acesso em: 27 set. 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: Método, 2017.

_____; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Método, 2017.

CEZARIO, Priscila Freire da Silva. Questões polêmicas envolvendo a reforma da regulamentação da jornada de trabalho e das férias. In: MANNRICH, Nelson (Coord.). *Reforma trabalhista: reflexões e críticas*. São Paulo: LTr, 2018.

COLÔMBIA. *Ley 1221, de 2008. Nivel Nacional (Julio 16)*. Ley por la cual se establecen normas para promover y regular el teletrabajo y se dictan otras disposiciones. Disponível em: <<http://www.bogotajuridica.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=31431>>. Acesso em: 27 set. 2019.

CONFEDERACIÓN EUROPEA DE SINDICATOS *et al.* *Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo*. [S.I.]: CCOO, jul. 2011. Disponível em: <https://www.ccoo-servicios.es/archivos/bbva/20110727_acuerdo_marco_europeo_teletrabajo.pdf>. Acesso em: 27 set. 2019.

CONSELHO EUROPEU. *Directiva 2003/88/CE, de 4 de novembro de 2003*. Relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32003L0088>>. Acesso em: 27 set. 2019.

DOCTRINA

DEGRYSE, Christophe. *Digitalisation of the economy and its impact on labour markets*. European Trade Union Institute (ETUI), 2016. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/297392058_Digitalisation_of_the_Economy_and_its_Impact_on_Labour_Markets>. Acesso em: 27 set. 2019.

DI MARTINO, Vittorio; WIRTH, Linda. Telework: an overview. *Conditions of work digest*, Geneve, v. 9, n. 1, p. 1-35, 1990.

E-CIDADANIA. *Consulta Pública. PLC nº 38/2017*. Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidania/visualizacaomateria?id=129049>>. Acesso em: 27 set. 2019.

E-DEMOCRACIA. *Reforma trabalhista. PL nº 6.787/2016*. Disponível em: <<https://edemocracia.camara.leg.br/wikilegis/bill/64>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

ESTRADA. *Análise juslaboral do teletrabalho*. Curitiba: Camões, 2008.

FAGAN, Colette *et al.* The influence of working time arrangements on work-life integration or “balance”: a review of the international evidence. *Conditions of work and employment series*. International Labour Office, Conditions of Work and Employment Branch. Geneva: ILO, 2012. 67 p.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; MIZIARA, Raphael (Org.). *Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho*: organizados por assunto. 2018. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26227-enunciados-aprovados-na-2-jornada-de-direito-material-e-processual-do-trabalho-sao-organizados-por-tema>>. Acesso em: 27 set. 2019.

FRANÇA. *Code du travail*. Version consolidée au 20 septembre 2019. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050>>. Acesso em: 27 set. 2019.

GAUTHIER, Gustavo. Perspectiva laboral del teletrabajo. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, Porto Alegre, ano 23, n. 272, p. 111-123, fev. 2012.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. *Direito do trabalho*: relações individuais de trabalho. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. 1.

HUNGRIA. *Act I of 2012 on the Labor Code*. Disponível em: <<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/89886/103370/F373393512/Act.I.of.2012.on.the.Labor.Code.2018.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2019.

IWASAKI, Kenji; TAKAHASHI, Masaya; NAKATA, Akinori. Health problems due to long working hours in Japan: working hours, workers’ compensation (*Karoshi*), and preventive measures. *Industrial Health*, v. 44, n. 4, p. 537-540, 2006. Disponível em: <https://www.jstage.jp/article/indhealth/44/4/44_4_537/_pdf>>. Acesso em: 27 set. 2019.

KIVIMÄKI, Mika *et al.* Long working hours and risk of coronary heart disease and stroke: a systematic review and meta-analysis of published and unpublished data for 603.838 individuals. *The Lancet*, Aug. 2015. Disponível em: <[http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(15\)60295-1/fulltext](http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(15)60295-1/fulltext)>. Acesso em: 27 set. 2019.

LEINEWEBER, Constanze *et al.* Parent’s relative perceived work flexibility compared to their partner is associated with emotional exhaustion. *Frontiers in Psychology* [1664-1078], 2018,

DOCTRINA

vol.: 9 p. 640-640. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5943972/pdf/fpsyg-09-00640.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2019.

LOS ANGELES COUNTY. Department of Human Resources. *Telework program: policy and procedures – A guide to telework for Los Angeles County Employees and Supervisors*. August 2017. Disponível em: <<http://rideshare.lacounty.gov/wp-content/uploads/2018/03/Telework-Manual-08-17-2017.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2019.

MALLET, Estêvão. Trabalho, tecnologia e subordinação: reflexões sobre a Lei n. 12.551. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 32, n. 115, p. 44-52, abr. 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. Teletrabalho. *Repertório IOB de Jurisprudência: Trabalhista e Previdenciário*, São Paulo, v. 2, n. 18, p. 352-349, 2011.

MELO, Raimundo Simão de. A reforma trabalhista e o direito tutelar do trabalho referente às normas de saúde e segurança do trabalho. In: *A reforma trabalhista na visão da Academia Brasileira de Direito do Trabalho*. Porto Alegre: LexMagister, 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho – relações individuais e coletivas do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011.

OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. *Trabalho em ambiente virtual: causas, efeitos e conformação*. São Paulo: LTr, 2018.

PAMPLONA, Rodolfo; FERNANDEZ, Leandro. Tecnologia da informação e as relações de trabalho no Brasil: o teletrabalho na Lei nº 13.467/17. *Revista Direito UNIFACS*, n. 2.016, jun. 2018.

PORTUGAL. *Lei nº 7/2009, de 12 de fevereiro de 2009*. Aprova a revisão do Código do Trabalho. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>>. Acesso em: 27 set. 2019.

_____. *Lei nº 99/2003, de 27 de agosto de 2003*. Aprova o Código do Trabalho. Disponível em: <http://cite.gov.pt/Legis_Nac/ArquivoLN/LeisArqLN/Lei99_03.htm>. Acesso em: 27 set. 2019.

PRATA, Marcelo Rodrigues. As normas de duração do trabalho não mais pertencem à ambiência laboral? In: *A reforma trabalhista na visão da Academia Brasileira de Direito do Trabalho*. Porto Alegre: LexMagister, 2018.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROMÊNIA. *Legea nr. 81/2018 privind reglementarea activității de teleuncă*. (Providencia a regulamentação do teletrabalho). Disponível em: <<https://lege5.ro/Gratuit/gi3tknrrgm2a/legea-nr-81-2018-privind-reglementarea-activitatii-de-telemunca>>. Acesso em: 27 set. 2019.

SEPROSP; SINDPD. *Convenção coletiva de trabalho*. Disponível em: <<http://www.sindpd.org.br/sindpd/site/interna.jsp?m=99&s=1>>. Acesso em: 27 set. 2019.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: RT, 2017.

SUPIOT, Alain. *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

VATICANO. *Carta encíclica “Rerum Novarum” sobre a condição dos operários*, do sumo pontífice Papa Leão XIII, a todos os nossos veneráveis irmãos, os patriarcas, primazes, arcebispos

DOUTRINA

e bispos do orbe católico, em graça e comunhão com a sé apostólica. Libreria Editrice Vaticana. Dada em Roma, junto de S. Pedro, a 15 de maio de 1891. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 27 set. 2019.

ZYLBERSTAJN, Hélio. Aspectos econômicos da redução da jornada de trabalho. In: MANN-RICH, Nelson *et al.* (Coord.). *Reconstrução do direito do trabalho*: anais da Academia Nacional do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

Recebido em: 01/10/2020

Aprovado em: 26/02/2020