

AS CLÁUSULAS ESPOLIATIVAS NO CONTRATO DE TELETRABALHO COMO INSTRUMENTO DE ÓBICE AO DIREITO À DESCONEXÃO

Calvin Chaves Gomes¹

RESUMO

Este artigo analisa a Lei 14.442, de 2022, com enfoque na jornada de teletrabalho, verificando-se a capacidade da nova legislação de promover a criação de cláusulas espoliativas, com potencial aptidão de lesar os parâmetros constitucionais e obstar o direito à desconexão. A partir do reconhecimento da espoliação, busca-se analisar quais os segmentos constitucionais e do âmbito do direito à desconexão são afetados por essas e quais os seus efeitos recaem sobre o teletrabalhador.

1 INTRODUÇÃO

A equiparação do trabalho presencial ao de distância, pela Lei 12.551, de 2011, que conferiu validade aos meios de controle desse último para fins de subordinação, foi a primeira manifestação do teletrabalho na legislação pátria.

Com o passar de seis anos, a Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), concebeu um capítulo próprio ao teletrabalho, que, apesar de regular aspectos importantes dessa recente modalidade, viabilizou interpretações inconstitucionais.

Já a Lei 14.442, de 2022, modificou determinados dispositivos do referido capítulo e acrescentou outros, criando, dessa forma, novas aberturas para a elaboração de cláusulas espoliativas no âmbito do teletrabalho, viabilizando outras maneiras de precarização do trabalho.

Em face disso, o presente artigo pretende tratar sobre o conceito de espoliações contratuais aplicado ao teletrabalho, com enfoque nos instrumentos predatórios dos direitos da jornada de teletrabalho criados pelas legislações supracitadas.

Para isso, no primeiro capítulo, apresentar-se-á o conceito de espoliação contratual sob a ótica do teletrabalho, classificando-o como instrumento de óbice ao direito à desconexão.

Em seguida, se averiguará a jornada do teletrabalhador por produção ou tarefa, aferindo a validade e o alicerce da sua exclusão, conferida pelo novel Art. 75-B, § 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) do capítulo “DA JORNADA DE

¹ Advogado Trabalhista. Pós-Graduando em Direito Digital do Trabalho, Compliance Trabalhista e LGPD pela Verbo Jurídico. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal).

TRABALHO”, afastando-o do acesso às horas extras remuneradas e aos demais direitos ali insertos.

No capítulo que antecede a conclusão, buscará verificar a legalidade e a coerência conceitual da nova redação do Art. 75-B da CLT, que passa a permitir que o teletrabalho se dê de forma preponderante nas dependências patronais. Além disso, verificar-se-á as implicações do Art. 75-B, § 5º da CLT, no que concerne a supressão do direito do teletrabalhador ao instituto do tempo à disposição e ao regime de prontidão e/ou de sobreaviso.

Dessarte, o presente trabalho objetiva analisar os dispositivos que versam, direta ou indiretamente, sobre a jornada do teletrabalhador e indicar os segmentos que viabilizam espoliações contratuais. A atual previsão acerca da jornada de teletrabalho representa lesão à legislação nacional, internacional e aos entendimentos jurisprudências, bem como consiste em um instrumento de óbice ao direito à desconexão. Desse modo, a partir de uma revisão bibliográfica, busca-se tornar exequível a aferição dos problemas materiais suscitados pela a norma vigente, as suas manifestações e medidas corretivas.

2 AS ESPOLIAÇÕES CONTRATUAIS NO TELETRABALHO

O mecanismo de acumulação por espoliação, definido por David Harvey (2005), representa a forma pelo qual o Estado desloca os direitos da coletividade, antes de propriedade comum, para a órbita da propriedade privada, entregando-os para domínios privados.

Lawrence Mello (2020, p. 25), sob a ótica do Direito do Trabalho, trata as espoliações contratuais da trabalhadora e do trabalhador como um “movimento de devolução ao domínio privado de comportamentos e práticas antes reguladas por normas de ordem pública, de observação obrigatória pelos contratantes”.

Ressalta, ainda, que a espoliação viabiliza a criação de cláusulas lícitas que se tornam, “centro das novas disputas sobre as liberdades individuais e coletivas do trabalho, nas quais a violência e a dominação são normalizadas.” (Mello, 2020, p. 25)

Não obstante às demais oportunidades de espoliação criadas pela legislação brasileira que versa sobre o teletrabalho, a presente análise se limitará às espoliações acerca da jornada de trabalho do teletrabalho.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) garante a limitação da jornada a todo trabalhador, como direito social, bem como concede aos instrumentos

coletivos, o poder de dispor sobre a compensação de horários e a redução da jornada. Sobre esse tema, veja-se o exposto pelo art. 7º da Magna Carta

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

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

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

Nota-se que os direitos à limitação da jornada, sua redução e compensação de horários são concedidos ao coletivo por um imperativo constitucional, integrando, assim, a propriedade comum. Ocorre que, como será demonstrado nos tópicos seguintes, os dispositivos legais concebidos pela Lei 13.467/2017 e Lei 14.442, de 2022, proporcionou o alojamento dessa propriedade na esfera privada, antes pertencente à coletiva.

O repasse do domínio sobre a limitação de jornada para o polo patronal interfere no alcance do direito à desconexão que, por sua vez, se mostra essencial para a higidez mental do obreiro em trabalho remoto.

Jorge Maior (2003, p. 298), um dos pioneiros a trabalhar o conceito de direito à desconexão, esclarece que objetivo é garantir o não trabalho, na medida necessária para preservar a vida privada e saúde:

Esclareça-se que o não-trabalho aqui referido não é visto no sentido de não trabalhar completamente e sim no sentido de trabalhar menos, até o nível necessário à preservação da vida privada e da saúde, considerando-se essencial esta preocupação (de se desligar, concretamente, do trabalho) exatamente por conta das características deste mundo do trabalho marcado pela evolução da tecnologia, pela deificação do Mercado e pelo atendimento, em primeiro plano, das exigências do consumo.

Ao tratar sobre o teletrabalho, em, inclusive, momento precedente às legislações supra encartadas, o autor assevera que, uma vez configurada a relação de emprego no teletrabalho, a medida que se impõe para preservar o não-trabalho é a declaração do direito à limitação da jornada de trabalho. (Maior, 2003)

Nesse sentido, o que se verifica é a transferência da prerrogativa de limitar, ou não, as jornadas de trabalho para o empregador e, por conseguinte, o direito de estabelecer o tempo de não-trabalho irrestritamente, ou seja, sem patamar mínimo.

Essa transferência, sobretudo em uma sociedade em que o principal alvo do empregador é o lucro, possivelmente potencializado por uma jornada de trabalho sem balizas, representa o prelúdio de um desastre, narrada nos tópicos consecutivos.

3 AS BALIZAS DA JORNADA DE TELTRABALHO E A DESCONEXÃO

O Art. 75-B, § 3º e Art. 62, III, ambos da CLT, adicionados pela Lei 14.442, de 2022, apesar de criarem a figura do teletrabalhador por jornada e conferi-lo direito ao capítulo “DA DURAÇÃO DO TRABALHO”, antes obstaculizado pela Lei 13.467/2017, os dispositivos ainda detiveram esse acesso daqueles teletrabalhadores que laboram por produção ou tarefa.

Anota-se preliminarmente que, quando se trata do trabalho por tarefa ou produção, o cerne do debate versa sobre a morfologia do salário, e não sobre a jornada de trabalho e a possibilidade da sua fiscalização.

Adriana Calvo (2020) elucida que salário do trabalho por unidade de obra (produção) se parametriza apenas pelo resultado final do labor, já a composição salarial do trabalho por tarefa se dá pelo produto final da labuta relacionado ao tempo despendido para realiza-la. Lado outro, não obstante ao caráter variável do salário percebido nas duas modalidades, esse nunca pode ser inferior ao mínimo, conforme o previsto no Art. 7º, VII, da CF/88.

Malgrado a composição salarial se dê de forma diversa, as duas formas de trabalho devem ser examinadas conjuntamente para fins de acesso aos direitos relativos à duração do trabalho, na medida em que se deve avaliar a possibilidade de fiscalização do obreiro, dado o caráter dissociativo da jornada de trabalho e remuneração. Acerca dessa temática, Marcella Pagani *et al.* (2023, 214) discorre que:

Jornada e remuneração são vetores básicos que compõem a vivência de trabalho e, portanto, não podem ser dissociadas. Ao destituir a forma de regulação do trabalho que considera o tempo de execução e o tempo de disponibilidade do empregado perante o empregador em prol de um estatuto que se baseia apenas e exclusivamente na capacidade produtiva do trabalhador, acaba-se por desconsiderar o conceito completo de “tempo de trabalho”, enquanto elemento constitutivo da experiência humana.

No teletrabalho, a lógica da jornada laboral nos termos da teoria jurídico-trabalhista clássica deve ser superada, já que o acesso ao trabalhador, para fins de subordinação, pelo empregador, se dá a qualquer tempo, de forma instantânea, através das novas tecnologias comunicacionais como *smartsphones*. Da mesma forma, o controle de jornada e a produtividade do teletrabalhador se acentua com o uso de câmeras, microfones, e registros de *logon e logoff* e *softwares*, que possibilitam o acompanhamento de cada atividade realizada pelo obreiro. (Esteves e Filho 2019)

O controle no teletrabalho, além de capaz, pode ser, inclusive, mais intenso do que o realizado nas dependências patronais, vez que o empregador poderá exigir a manutenção da conexão do trabalhador por meio *e-mail*, rede social e *chats* durante períodos destinados ao descanso (Carvalho, 2018). Ressalta-se, desde já, que essa exigência pode se tornar mais comum, no caso dos teletrabalhadores por tarefa ou produção, visto que o empregador estará certo de que não será responsabilizado pelo pagamento de horas extras.

Além disso, a exequibilidade do controle do teletrabalhador se reforça, por analogia, ao levar-se em conta a viabilidade de fiscalização do trabalhador externo, também suprimido do capítulo de jornada de trabalho pelo Art. 62, I, da CLT.

O entendimento uniformizado do Tribunal Superior do Trabalho (TST), é no sentido de que o aludido dispositivo não se aplica na sua literalidade, visto que o seu comando pressupõe a impossibilidade fática do controle de jornada. A Corte ratifica que a mera possibilidade de exercício do controle já suscita a reinserção desse trabalhador no capítulo de jornada:

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA REGIDO PELA LEI 13.467/2017. TRABALHO EXTERNO INCOMPATÍVEL COM A FISCALIZAÇÃO DA JORNADA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. HORAS EXTRAS DEVIDAS. TRANSCENDÊNCIA ECONÔMICA RECONHECIDA. 1. A causa detém transcendência econômica, tendo em vista o elevado valor a ela atribuído na petição inicial, no montante de R\$ 561.039,92. 2. Apesar disso, o recurso de revista não alcança conhecimento, porquanto não demonstrado os pressupostos do art. 896 da CLT. 3. Com efeito, a norma prevista no artigo 62 da CLT disciplina situações excepcionais, em que a submissão do empregado ao regime de duração do trabalho torna-se impraticável em razão da natureza externa da atividade desenvolvida pelo trabalhador, quando incompatível com a fixação de horário de trabalho (inciso I); ou em decorrência da relevância da função desenvolvida, grau de confiança, padrão salarial e poder de gestão (inciso II). 4. Como se vê, o mero exercício de atividade externa não induz, por si só, o enquadramento da hipótese na regra do art. 62, I, da CLT. Aliás, o entendimento uniformizado pelo Tribunal Superior do Trabalho é de que, além de ser admissível o controle indireto da jornada de trabalho, basta a mera possibilidade de que tal controle seja exercido, para que se exclua a hipótese do dispositivo legal em questão. Precedentes de todas as Turmas. 5. No caso, a Corte de origem valorou a provas dos autos, em especial a testemunhal, e concluiu pela possibilidade de fiscalização da jornada laboral por parte da empregadora. 6. Vale consignar que, embora o TRT tenha registrado os depoimentos no acórdão, não cabe a esta Corte Superior reapreciá-los, pois isso implicaria revolvimento de fatos e provas, vedado pela Súmula 126 do TST. Precedente da SBDI-1. 7. Diante desse contexto, não prospera a alegação de violação do art. 62, I, das CLT, tampouco de divergência jurisprudencial (Súmula 296, I, do TST), revelando-se impositiva a manutenção da decisão que afastou o mencionado dispositivo legal e, por conseguinte, condenou a reclamada ao pagamento de horas extras. Agravo não provido. (TST - Ag-AIRR: 00006040720205060312,

Relator: Delaide Alves Miranda Arantes, Data de Julgamento: 15/02/2023, 8ª Turma, Data de Publicação: 22/02/2023)

Salienta-se que solução muito semelhante, se não idêntica, já havia sido proposta por Jorge Maior (2003, p. 305) em 2003:

Para correção dessa situação, de interesse público, há de se pensar no direito que todos nós temos de que esses empregados trabalhem menos. Neste sentido, o passo jurídico a ser dado é o de excluí-los da excepcionalidade prevista no inciso I, do art. 62, atribuindo ao empregador a obrigação de possuir controles efetivos das suas jornadas de trabalho, atribuindo-lhe, ainda, o encargo de juntar tais controles em juízo, quando a questão for debatida judicialmente, sob pena de se considerar verdadeira a versão declinada pelo reclamante.

Lado outro, o Tribunal Superior também se pronunciou acerca da distribuição do ônus da prova, assentando que cabe ao polo patronal comprovar a impossibilidade da fiscalização da jornada no trabalho externo:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE. HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. CONTROLE DE JORNADA. ÔNUS DA PROVA. Tratando-se de fato impeditivo, a teor do disposto no artigo 818 da CLT c/c o artigo 333, II, do CPC de 1973, é ônus do empregador a prova da impossibilidade de controle do horário de trabalho externo do reclamante. Não tendo a ré se desincumbido do ônus que lhe competia, faz jus o reclamante às horas extras postuladas, segundo a jornada alegada na inicial, nos termos da Súmula 338, I, do TST. Fica ressalvado desse entendimento o intervalo intrajornada, cuja fiscalização, a princípio, é inviável, segundo a jurisprudência do TST, permanecendo com o empregado o ônus da prova de sua supressão. Precedentes. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido. (TST - RR: 4357520185050002, Relator: Delaide Alves Miranda Arantes, Data de Julgamento: 08/06/2022, 8ª Turma, Data de Publicação: 13/06/2022)

Importante sublinhar que, o debate a respeito do controle das horas trabalhadas em labor externo e do ônus de prová-lo se deu de forma progressiva em diferentes Tribunais do país. Confirmação disso é a existência das súmulas expedidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT) da 5ª, 8ª e 9ª Região, as quais apresentam remédios para a inconstitucionalidade encartada no Art. 62, I da CLT.

Ora, se basta a fiscalização de horário para afastar o trabalhador externo da suspensão imposta pelo Art. 62 da CLT, não reside sentido na lógica de não aplicação do mesmo, de forma análoga, ao teletrabalhador, seja por jornada, tarefa ou produção.

Nesse sentido, destaca-se que a jurisprudência e a doutrina já reconheciam a plena capacidade de fiscalização do teletrabalhador, mesmo quando a sua exclusão se dava de maneira integral, pela redação da Lei 13.467/2017, em que não havia distinção da forma de trabalho ou composição salarial para o óbice ao capítulo da duração do trabalho.

Alexandre Medeiros (2019, p. 107), alude que o fundamento pelo Art. 62, baseia-se “exclusivamente na, diga-se, falsa premissa da impossibilidade da aferição e fiscalização, pelo empregador e ou terceiros, do tempo de trabalho”.

Vóila Cassar (2012), por sua vez, asseverava que, se o empregado for monitorado por *webcam*, *intranet*, ou até por mínimo de tarefas diárias, terá direito ao Capítulo “Da Duração do Trabalho”, já que o seu trabalho é controlado.

A Segunda Turma do TRT da 3ª Região reproduziu para o teletrabalhador, de forma acertada, a mesma lógica acatada pelo TST para o trabalho externo, garantindo-o reingresso ao capítulo da duração do trabalho desde que a sua jornada possa ser aferida:

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 jus 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 MG 0010132-05.2016.5.03.0178, Relator: Rodrigo Ribeiro Bueno, Data de Julgamento: 10/03/2017, Segunda Turma, Data de Publicação: 13/03/2017. DEJT/TRT3/Cad.Jud. Página 80. Boletim: Sim.)

Portanto, a exclusão proporcionada pela Lei 13.467/2017, agora remodelada pela Lei 14.442, de 2022, quando se leva em conta os avanços da tecnologia da informação e comunicação (TIC), não só está em claro descompasso com a realidade fática, mas também com ditames legais, como precisamente sinalizou o julgado supracitado.

Outrossim, o Enunciado número 71 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho já denunciava, de igual, a inconstitucionalidade incutida no artigo 62 da CLT e enaltecia o direito às horas extras pelo teletrabalhador, espoliado pela então Reforma Trabalhista:

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 artigo 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 30 de dezembro de 1999, e a Recomendação 116 da OIT.

Como exposto alhures, a tecnologia comunicacional está capacitada para promover, com certa facilidade, a fiscalização laboral a distância por muitas maneiras,

todavia, verifica-se que a mesma tecnologia que garante o controle do trabalho a distância e facilita as comunicações em grupo, também é aquela com potencial de tornar tênue o fio que demarca a vida pessoal e a profissional, ou até mesmo corta-lo, pela extensão da jornada de trabalho, inclusive nos dias reservados para descanso (Melo, 2019).

Jorge Maior (2003, p. 296), assevera que a tecnologia que ilumina o ser humano pelo acesso à informação, é a mesma que pode escraviza-lo:

Em terceiro plano, em termos das contradições, releva notar que se a tecnologia proporciona ao homem uma possibilidade quase infinita de se informar e de estar atualizado com seu tempo, de outro lado, é esta mesma tecnologia que, também, escraviza o homem aos meios de informação, vez que o prazer da informação transforma-se em uma necessidade de se manter informado, para não perder espaço no mercado de trabalho.

Nesse diapasão, na medida em que o dispositivo é rígido, dispensando exceções ao isolamento do teletrabalhador por produção ou tarefa do véu de proteção concebido pelo capítulo da duração do trabalho, esse passa a colidir também com o Art. 59 do Código Trabalhista, que prevê como máximo a prestação de duas horas extraordinárias diárias.

A ofensa aos dois preceitos fragiliza o direito à limitação da jornada às máximas legais, constitucionais ou contratuais, que, se relaciona visceralmente ao direito à desconexão do trabalho e à atributos essenciais à existência humana, ao lazer, à interação familiar e social (Medeiros, 2019).

Roberta Scalzilli (2020), leciona que o direito a desconexão deve ser entendido como um direito fundamental, implícito no ordenamento jurídico e derivado do direito à privacidade e ao lazer, da limitação da jornada de trabalho, dos períodos de descanso *lato sensu* e do princípio da dignidade da pessoa humana. Arrazoa, ainda, que a desconexão tem como finalidade a preservação do direito à saúde, à segurança, ao lazer, à vida privada e à cidadania.

Uma vez guardados pela Constituição Federal, o direito ao lazer e ao repouso, são inerentes a todo e qualquer empregado e podem ser viabilizados pelo direito à desconexão, através do “desligamento” do empregado ao ambiente em que trabalha, seja ele virtual ou físico. A desconexão do obreiro funciona como o resgate à sua natureza humana, afastando-o da conexão em tempo integral ao trabalho, permitido pelas ferramentas telemáticas (Melo, 2019).

Anota-se que a jornada limitada e o direito à desconexão no teletrabalho estão intimamente ligados ao ambiente laboral saudável, como assenta, Noemia Porto e Ricardo Filho (2017, s.p):

A proteção jurídica conferida ao meio ambiente do trabalho leva ao argumento de que também é obrigação do empregador a utilização de métodos e rotinas laborais que preservem a garantia de duração máxima do trabalho de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais. Ao empregado em regime de teletrabalho são, portanto, igualmente assegurados o direito à limitação da jornada laboral e o direito à desconexão. As tecnologias de informação e comunicação, utilizadas no teletrabalho, devem ser tais que permitam a efetiva aferição do tempo trabalhado.

José Silva (2012, p. 64), alude que é fundamental para a saúde do trabalhador, a abstenção do empregador no que concerne à “não exigência de realização de horas extraordinárias de forma habitual, sobretudo dos trabalhadores noturnos e em turnos ininterruptos de revezamento”. Complementa ainda que esse encargo é disposto também no Art. 24 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que classifica a limitação razoável das horas de trabalho como direito humano fundamental.

Nesse sentido, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) reforça o elo entre o limite de horas de trabalho e a saúde laboral, ao concluir que:

Preservar a saúde do trabalhador e a segurança do local de trabalho é o mais fundamental dos objetivos subjacentes às políticas de duração do trabalho e tem sido, desde o início, um dos propósitos centrais das medidas que tratam das jornadas longas. De fato, a limitação da jornada semanal pode ser vista como a resposta básica à advertência da literatura sobre saúde e segurança contra jornada regular de trabalho superior a 50 horas por semana, tanto na forma de um limite de 48 horas com restrições severas ao trabalho extraordinário quanto na de um limite mais baixo.

Portanto, o teletrabalhador, em especial, requer limites claros para o tempo à disposição do empregador, para garantir a sadia qualidade de vida no meio ambiente do trabalho. Assim como o descanso, o direito a desconexão é primordial para a manutenção da qualidade de vida e saúde do obreiro e importa na proteção de direito conexos, como o direito à saúde, ao meio ambiente sadio e lazer (Melo, 2019).

Da mesma forma que a doutrina, a jurisprudência pátria reconhece o direito à desconexão e a sua relação elementar com preceitos constitucionais, como atesta a decisão do TST:

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RECLAMADA. VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 E DA IN Nº 40 DO TST. ANTERIOR À LEI Nº 13.457/2017 PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO MONOCRÁTICA POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. (...) FÉRIAS EM DOBRO. Conforme consta na decisão monocrática, o TRT verificou que o reclamante utilizou seu tempo de férias

para receber e enviar informações de trabalho, além do que, a prova testemunhal demonstra que ele era acionado nesse período pela empresa. Assim, demonstrado o trabalho no período em que o reclamante deveria estar em descanso, a reclamada deve ser condenada ao pagamento de férias não gozadas. (...) Agravo a que se nega provimento com aplicação de multa. (TST – Ag-AIRR: 21683820135050621, Relatora: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 29/05/2019, 6º Turma, Data de Publicação: DEJT 31/05/2019)

Há, inclusive, julgados que classificam a violação ao direito à desconexão como fato gerador de dano moral *in re ipsa*:

RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI 13.015/2014. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM DECORRÊNCIA DE DANOS EXISTENCIAIS. JORNADA EXAUSTIVA (12 HORAS). DANO IN RE IPSA. No caso, o Tribunal Regional [...] consoante jurisprudência desta Corte, a submissão à jornada excessiva ocasiona dano existencial, em que a conduta da empresa limita a vida pessoal do empregado, inibindo-o do convívio social e familiar, além de impedir o investimento de seu tempo em reciclagem profissional e estudos. Assim, uma vez vislumbrada a jornada exaustiva, como no caso destes autos, a reparação do dano não depende de comprovação dos transtornos sofridos pela parte, pois se trata de dano *in re ipsa*, ou seja, deriva da própria natureza do fato gravoso. Indenização fixada no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), na esteira das decisões proferidas por esta Turma em casos semelhantes. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - ARR: 9828220145040811, Relator Delaíde Miranda Arante, Data do Julgamento: 10.04.2019, 2ª Turma.)

Evidencia-se que a subtração do teletrabalhador por tarefa e/ou produção da proteção concedida pelo capítulo da duração do trabalho é ilógica, infundada e não merece aplicação fática, visto que o seu cumprimento viabiliza a espoliação contratual do teletrabalhador, concretizada, principalmente, por meio da imposição de horas extras não contabilizadas e sem limites.

O dano inculcido pela remoção dos direitos ao referido capítulo da CLT, dilapida o direito à desconexão, que figura como a principal via de efetivação do direito fundamental à limitação de jornada, pela blindagem do empregador ao pagamento das horas extras, e o conseqüente poder de elastecer a jornada além do máximo legal, conferida pelos inéditos Arts. 75-B, § 3 e 62, III da CLT.

O resultado da privação desses direitos, como restou demonstrado, não pode ser outro que não o esgotamento da saúde laboral, pelo desmedido aumento de fadiga e estresse ocupacional, que se agravam conforme a sobrejornada não remunerada se estende.

Frente à manifesta inconstitucionalidade dos dispositivos que refreia o ingresso dos teletrabalhadores por tarefa e/ou produção ao capítulo da duração do trabalho, deve-se adotar a tese empregada ao trabalhador externo para esses obreiros.

Portanto, uma vez verificada a mera possibilidade de controlar a sua jornada de trabalho, seja por meio telemático e informatizado ou pessoal e direto, deve o teletrabalhador reaver o acesso ao já aludido capítulo. Lado outro, o ônus de demonstrar a incapacidade do controle de jornada desses teletrabalhadores deverá pertencer ao polo patronal, assim como disposto no julgado do TST, e na Súmula 17 do TRT da 5ª Região, alhures citados.

4 A DETURPAÇÃO DO CONCEITO DE TELETRABALHO

A Lei 13.467/2017, através do caput do Art. 75-B, positivou o conceito do teletrabalho na legislação brasileira, descrevendo-o como a “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”.

Denise Fincato (2019) assevera que o dispositivo legal carrou todos os elementos que qualificam o teletrabalho, já difundidos na doutrina. Dispondo os seus conceitos de forma concisa (Fincato, 2011, p. 36):

- geográfico (ou topográfico): o teletrabalhador desempenha suas atividades fora do espaço tradicional (físico) da empregadora (matriz e filiais, comumente);
- tecnológico: o teletrabalhador desenvolve suas tarefas mediante o emprego de tecnologia da informação e comunicação que poderá, ainda, ser identificada como a mediadora da relação ou como o próprio espaço de trabalho;
- organizativo: o empregador deverá estar organizado, em sua estrutura produtiva e de recursos humanos, para o teletrabalho, visualizando o trabalhador remoto como integrante de sua rede de empregados em todas as ações e estratégias (ambiência laboral, medicina do trabalho, capacitações e promoções, etc).

Além disso, o mesmo dispositivo, no seu parágrafo único, dispôs que “o comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.”

O aludido parágrafo pode se fazer útil para a reduzir os eventuais efeitos negativos advindos do isolamento estrutural do teletrabalho, por meio de atividades presenciais como reuniões, capacitações corporativas, por exemplo (Fincato, 2019).

Ressalta-se que a escolha dessa eventual flexibilização do espaço de trabalho deve ser feita pelo empregado, de acordo com a sua vontade, devendo as tratativas

serem observadas com cautela. Dado o caráter hipossuficiente do trabalhador, a ausência de cuidado nas negociações pode desaguar na imposição patronal, para que o teletrabalho se desloque de forma irrestrita para o ambiente de trabalho presencial, mesmo que em regime de teletrabalho.

Portanto, para restar caracterizado como teletrabalho, pela redação dada pela Lei 13.467/2017, esse deve se dar por meio de tecnologias de informação e de comunicação, preponderantemente fora das dependências patronais, sendo permitidas visitas à sede, desde que para a realização de atividades específicas.

A Lei 14.442, de 2022, ora vigente, produziu uma mudança significativa no conceito do teletrabalho. Além de igualá-lo ao trabalho remoto, a novel legislação assentou a possibilidade dessa modalidade de labor se dar majoritariamente nas dependências do empregador, através do acréscimo da expressão “ou não”:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não configure trabalho externo. (Redação dada pela Lei nº 14.442, de 2022)

O seu parágrafo primeiro, antes único, também alterado, passou a reforçar a ideia do novo *caput*, ao permitir o comparecimento do teletrabalhador, agora de forma habitual, às dependências do empregador, sem que isso descaracterize o instituto do teletrabalho:

§ 1º O comparecimento, ainda que de modo habitual, às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho ou trabalho remoto. (Incluído pela Lei nº 14.442, de 2022)

De pronto, nota-se uma deturpação da própria etimologia da palavra teletrabalho, isso porque a expressão “tele”, de origem grega, significa distância e, além de pressupor um trabalho a distância, ou seja, fora do estabelecimento patronal, o teletrabalho deve ter a tecnologia da comunicação e informação como ferramenta de trabalho, espaço laboral ou intermediária da distância relacional (Fincato, 2019).

Portanto, ao aproximar a possibilidade de o “teletrabalho” ser cumprido preponderantemente em ambientes patronais, deve-se afastar o elemento “tele” do termo.

Sublinha-se que, mesmo antes do teletrabalho ser positivado no Brasil, a doutrina já se incumbia de traçar os seus contornos conceituais, com base em

legislações internacionais e desdobramentos fático, sendo uníssona quando à presença imprescindível da unidade “distância”.

Ao tratar acerca do conceito de teletrabalho, Rocha e Muniz (2013, p. 102) dissertam que o “teletrabalho pode ser considerado como a prestação de serviços a qualquer título, desde que seja a distância, ou externado, com a utilização dos instrumentos de informática ou telemática, em favor de outrem”.

Alega, com precisão, Sandro Melo (2019), que a rotina de labor à distância é parte indissociável do conceito de teletrabalho, bem como o uso dos meios de tecnologia da informação e comunicação.

Alice Monteiro de Barros (2016) exalta a distância como elemento essencial do conceito de teletrabalho, ao pontuar que esse poderá ser, inclusive, transregional, transnacional e transcontinental, e se dar até em movimento.

Portanto, a alteração provocada pela legislação antes citada distorce o próprio conceito desta modalidade de trabalho, que possui como característica medular o desempenho do labor externo às dependências empresariais, que, por sua vez, é razão para o uso das tecnologias de informação e comunicação.

Além de escamotear o conceito do teletrabalho, o referido dispositivo, representa um grande aliado na tarefa de estender a jornada do obreiro remoto por tarefa ou produção, que agora passa a correr o risco de prolonga-la ainda mais ao ter que se apresentar na esfera física da empresa.

Marcella Pagani *et al.* (2023, 221) discorrem que, a disfunção criada pelo artigo se aprofunda quando a presença do teletrabalhador por produção é exigida para a realização de atividades incompatíveis com as suas metas, não obstante ao evidente caráter de trabalho. Essa hipótese impacta no alongamento da jornada, sem que haja qualquer contrapartida econômica:

Um exemplo, é o teletrabalhador que realiza a edição de vídeos para o setor de marketing da empresa, cuja métrica de trabalho normalmente leva em consideração a quantidade de material produzido, o que guarda semelhanças com um trabalho por peça. No entanto, se esse mesmo trabalhador tiver que dispender parte do seu tempo para comparecer habitualmente à empresa para participar de reuniões com a equipe, aquele tempo representaria um elástico da sua jornada de trabalho sem nenhuma contrapartida econômica, visto que o cálculo salarial tem como parâmetro exclusivo a produtividade e o não o tempo à disposição.

Salienta-se que, apesar da sua composição salarial considerar a jornada de trabalho, o teletrabalhador por tarefa padece do mesmo mal criado pelo reformado conceito de teletrabalho. Isso porque, a sua presença física pode ser requerida nos

espaços físicos da empresa para realizar atividades que não avolumem as suas tarefas, tampouco lhe garanta o aumento salarial por horas extras, dado o isolamento certificado pelos Art. 75-B, § 3 e Art. 62, III da CLT.

Outrossim, verifica-se outro flanco exposto para a criação de cláusulas espoliativas, com potencial predatório do direito à desconexão, pelo Art. 75-B, § 5º, que versa sobre o tempo à disposição ou regime de prontidão ou sobreaviso no teletrabalho, abaixo transcrito:

§ 5º O tempo de uso de equipamentos tecnológicos e de infraestrutura necessária, bem como de softwares, de ferramentas digitais ou de aplicações de internet utilizados para o teletrabalho, fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui tempo à disposição ou regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou em acordo ou convenção coletiva de trabalho. (Incluído pela Lei nº 14.442, de 2022)

Não obstante às exceções dispostas no final do dispositivo, a desconstituição operada por esse acarreta no favorecimento da dinâmica empresarial em detrimento do tempo de desconexão do teletrabalhador, impondo, até mesmo, barreiras para que obreiro possa comprovar eventual sobrejornada (Marcella Pagani *et al.*, 2023)

Observa-se que o artifício criado pelo parágrafo quinto reinicia o problema que teria sido corrigido pela inserção do teletrabalhador por jornada ao capítulo de duração do trabalho. Isso porque, malgrado tenha direito a horas extras remuneradas, o labor extraordinário, interpretado à luz do dispositivo supra aludido, pode simplesmente não ser considerado trabalho.

Para os teletrabalhadores por tarefa e produção, a mencionada redação legal contempla o terreno já assentado pela privação produzida tratada no tópico anterior. Proporciona-se, portanto, uma dupla certificação, para que o reconhecido em juízo do direito a horas extras não surta efeito, já que o que seria sobrejornada, deixa de ser trabalho, tempo à disposição ou regime de prontidão ou de sobreaviso.

Em face do exposto, nota-se que as espoliações criadas pelo Art. 75-B § 1º e 5º da CLT, por mais que atuem de forma distinta, tem a mesma finalidade da exclusão operada pelo Art. 75-B, § 3º e Art. 62, III, do mesmo código. A prerrogativa de sepultar a limitação de jornada do trabalho, concedida ao polo patronal, dissertada no decorrer deste artigo, se torna ainda mais evidente quando os referidos dispositivos se leem em conjunto.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho tratou primeiro do conceito de espoliação contratual, desenvolvido por Lawrence Mello (2020), aplicado ao teletrabalho, mais precisamente à jornada de trabalho nessa modalidade de trabalho.

Observou-se que a limitação da jornada de trabalho, direito social e de “propriedade comum”, preceituada pela Constituição Federal de 1988, em seu Art. 7º, XIII, XIV, passou a ser de domínio privado, mais especificamente do polo patronal, por força das Lei 13.467/2017 e Lei 14.442, de 2022.

O aludido repasse desagua na criação de óbices no acesso ao direito à desconexão, direito fundamental implícito, derivado do direito ao lazer e à vida privada, garantido pelo não trabalho, na medida necessária para salvaguardar esses direitos, imprescindível para a efetivação da higidez mental do obreiro, sobretudo daquele em teletrabalho.

Ao analisar as mudanças provocadas pelas legislações supracitadas, nota-se que a supressão do teletrabalhador por produção e/ou tarefa criada pelo Art. 75-B, § 3º e Art. 62, III, ambos da CLT, dos direitos do capítulo de duração do trabalho se dissocia da realidade. Atestou-se, que a fiscalização da jornada de teletrabalho é plenamente exequível, mormente quando se leva em conta o patamar elevado das tecnologias da informação e comunicação.

A possibilidade da referida fiscalização se mostra ainda mais factível, por analogia, quando se leva em conta a jornada do trabalhador externo que, malgrado figure como excluído do mesmo capítulo da CLT, conquista a sua reinclusão pela mera possibilidade de ter a sua jornada controlada.

Vale ressaltar que a volta do obreiro externo se deu por extensa construção jurisprudencial e doutrinária, até que o TST a certificou por entendimento consolidado e, se pronunciou em julgados no sentido de atribuir ao empregador o ônus da prova de demonstrar a impossibilidade do controle de jornada.

Dessarte, após apontar a carência na razão de ser dos dispositivos legais supraditos, demonstrou-se a sua ofensa direta ao direito à desconexão, derivado do direito à privacidade e ao lazer, encartados no Art. 5º, X, e Art. 6º da Constituição Federal de 1988, respectivamente.

O desmonte do direito à desconexão ou ao “não-trabalho” se dá pela concentração de poder conferido ao polo patronal pelos dispositivos supracitados,

garantindo-o a prerrogativa de instituir uma jornada de trabalho irrestrita, tendo em vista a dispensa do pagamento de horas extras.

Verifica-se, em seguida, que o óbice à desconexão é agravado pela distorção do conceito do teletrabalho, dada pelo Art. 75-B, § 1º da CLT, viabilizando o seu cumprimento de forma preponderantemente nas dependências físicas da empresa.

A mudança conceitual, combinada à exclusão já discorrida, tornou possível a extensão da jornada pela necessidade de deslocamento para a dependência patronal, bem como a exigência da presença do teletrabalhador para cumprir tarefas que não contribuam para bater as suas metas, ou para avolumar a sua produção. Desse modo, compreende-se, então, o alongamento da jornada desses teletrabalhadores, sem o acréscimo salarial.

Lado outro, o novel Art. 75-B, § 5º da CLT estorva ainda mais o direito à desconexão, pela desclassificação do tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, embarreirando, de igual, a capacidade de comprovar a sua sobrejornada cumprida, inclusive pelo teletrabalhador por jornada.

Nesse sentido, observa-se que os problemas gerados pela Lei 13.467/2017 para a jornada de teletrabalho foram acentuados pela Lei 14.442, de 2022, que, por sua vez, possibilitou novas cláusulas espoliativas e intensificou as já existentes. O direito à desconexão figura como o principal alvo da espoliação, uma vez que o não-trabalho se torna incerto em decorrência da extensão irrestrita do tempo de labor.

Ante o exposto, faz-se premente a necessidade de sanar as inconsistências discorridas, visando a preservação do direito à desconexão e conseqüentemente ao lazer, à vida privada e à saúde laboral.

O afastamento das cláusulas espoliativas deve se dar pela reinserção de todos os teletrabalhadores ao capítulo da duração do trabalho, combinado ao regaste do conceito coeso de teletrabalho e ao reconhecimento do tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL, **Consolidação das leis do trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em 10 de agosto de 2023.

BRASIL, **Constituição da república federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 de agosto de 2023.

CALVO, Adriana. **Manual de direito do trabalho** / Adriana Calvo. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

ESTEVES, Juliana; FILHO, Carlo. O TELETRABALHO NA LEI 13.467/17 (REFORMA TRABALHISTA): UMA REGULAMENTAÇÃO EM DESACORDO COM AS EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, vol. 08, n. 75, p. 28-57, fevereiro. 2019. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/152170>>. Acesso em 16 de agosto de 2023.

FELIPPE, Gabriela de Carvalho. **A internet e as novas tecnologias na relação de trabalho: teletrabalho / home office e a jornada de trabalho**. 2018. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/21949>. Acesso em 20 ago. de 2023.

FINCATO, Denise. **Teletrabalho na reforma trabalhista brasileira**. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, vol. 08, n. 75, fevereiro. 2019. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/152170>>. Acesso em 04 de maio de 2021.

FINCATO, D.P. **Meio Ambiente Laboral e Teletrabalho**. *In: Anais do IV Congresso Ibero-Americano de Teletrabalho e Teleatividades*. Porto Alegre: Magister, 2011, p. 36-48

HARVEY, David. **O Novo Imperialismo**. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

LEE, Sangheon; MACCANN, Deirdre; MESSENGER, Jon C. **Duração do trabalho em todo o mundo: tendências de jornadas de trabalho, legislação e política numa perspectiva global comparada**. Secretaria Internacional de Trabalho – Brasília: OIT, 2009. p. 149. Disponível em: <

https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_229714/lang--pt/index.htm>. Acesso em 06 de maio de 2021.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 23, p. 296-313, 2003. Disponível em <https://hdl.handle.net/20.500.12178/108056>. Acesso em 16 de agosto de 2023.

MEDEIROS, Alexandre. **O artigo 62 da CLT continua inconstitucional**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, vol. 08, n. 75, p. 99-111 fevereiro. 2019. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/152170>>. Acesso em 16 de abril de 2021.

MELO, Sandro. **Teletrabalho, controle de jornada e direito à desconexão**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, vol. 08, n. 75, p. 73-83 fevereiro. 2019. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/152170>>. Acesso em 16 de abril de 2021.

MELLO, Lawrence Estivalet de. **CRISE DO CONTRATO DE TRABALHO E ILEGALIDADES EXPANDIDAS**. 2020. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2020. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/67794>. Acesso em: 18 ago. 2023.

PAGANI, M.; AFONSO BORGES, C.; NEVES DELGADO, G. TELETRABALHO: REFLEXÕES INTRODUTÓRIAS NA PERSPECTIVA DA LEI Nº 14.442/2022. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, [S. l.], v. 19, n. 1, p. 210–225, 2023. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/46992>. Acesso em: 3 set. 2023. Acesso em: 18 ago. 2023.

PORTO, Noemia; FILHO, Ricardo. **Meio ambiente e teletrabalho na reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017): Disponibilidade, controle e saúde do trabalhador**. Revista Nova Hileia. Vol. 2. Nº 1, jan-jun 2017. Disponível em: <<http://periodicos.uea.edu.br/index.php/novahileia/article/view/1235>>. Acesso em 19 de maio de 2021.

ROCHA, Cláudio; MUNIZ, Mirella. **O teletrabalho à luz do artigo 6º da clt: o acompanhamento do direito do trabalho às mudanças do mundo pós-moderno**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, vol. 57, n. 87/88, p. 101-115 jan./dez. 2013. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/74935>>. Acesso em 16 de abril de 2021.

SCALZILLI, Roberta. O direito à desconexão: uma análise crítica do instituto do teletrabalho brasileiro frente ao dano existencial como consequência da jornada excessiva de trabalho em tempos de pandemia. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região**. Belo Horizonte, edição especial, t. II, p. 643-664, jul. 2020.

SILVA, José. Limitação do tempo de trabalho e proteção à saúde dos trabalhadores: Uma análise dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol.

Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, Recife, PE, v. 22, n. 39, p. 57-81, 2012. Disponível em:

<<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/103139>>. Acesso em: 18 ago. 2023.