IV CONGRESSO DE ESTUDOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS E I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA TRABALHO, TECNOLOGIAS, MULTINACIONAIS E MIGRAÇÕES -TTMMS

TECNOLOGIAS, DIREITO DO TRABALHO INDIVIDUAL E COLETIVO E DIREITO DA INTERNET: GIG ECONOMY, INDUSTRIA 4.0 E FUNÇÕES REGULATÓRIAS DO DIREITO

T758
Trabalho, tecnologias, multinacionais e migrações: desafios contemporâneos dos direitos humanos na ordem democrática global [Recurso eletrônico on-line] organização IV Congresso De Estudos Jurídicos Internacionais e I Seminário Internacional De Pesquisa Trabalho, Tecnologias, Multinacionais E Migrações -TTMMs – Belo Horizonte;

Organizadores: Fabrício Bertini Pasquot Polido, Maria Rosaria Barbato e Natália das Chagas Moura – Belo Horizonte, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-671-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desafios contemporâneos e expansão dos direitos humanos na ordem democrática global

1. Trabalho. 2. Tecnologias. 3. Multinacionais. 4. Migrações. I. I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito (1:2018 : Belo Horizonte, BH).

CDU: 34

IV CONGRESSO DE ESTUDOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS E I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA TRABALHO, TECNOLOGIAS, MULTINACIONAIS E MIGRAÇÕES -TTMMS

TECNOLOGIAS, DIREITO DO TRABALHO INDIVIDUAL E COLETIVO E DIREITO DA INTERNET: GIG ECONOMY, INDUSTRIA 4.0 E FUNÇÕES REGULATÓRIAS DO DIREITO

Apresentação

Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações:

por que discutir os constantes desafios dos direitos humanos na ordem democrática global?

Fabrício B.Pasquot Polido

Maria Rosaria Barbato

Natália Das Chagas Moura

Debates contemporâneos sobre os desafios dos direitos humanos, suas teorias e agendas de resistência e transformação não poderiam ficar alijados da compreensão analítica em torno da relevância ou pertinência de temas transversais da globalidade e que hoje merecem atenção pela academia brasileira. Os múltiplos movimentos envolvendo pessoas, as forças laborais, o capital, e os produtos do intelecto, em escala global, não apenas ignoram fronteiras, padrões culturais ou referenciais morais e éticos, como sistematicamente a realidade prática e pragmática tem demonstrado. Eles igualmente escancaram o esgotamento das formas e procedimentos ditados pelo direito, suas instituições e narrativas.

Nas entrelinhas e encruzilhadas do repertório de atores, contextos e papéis reduzidos ao imaginário das crises cíclicas, da sucessão das fases do capitalismo (industrial, financeiro, tecnológico e informacional) ao longo dos séculos ou da banal “pós-modernidade”, florescem espaços e pontes de transição, sobretudo construídos a partir do trabalho crítico na academia e projetado para governos, legisladores, tribunais, e para a sociedade como um todo. Essa seria a proposta de repensar a permanência e a estabilidade dos direitos humanos como instrumentos transformadores e de irreversível apelo de tolerância. Entre seus desafios contemporâneos, dentro da própria reconceptualização e afirmação do Estado Democrático

de Direito, certamente encontram-se a necessária integração entre o exercício de prerrogativas da cidadania e o resgate da humanidade que deve subsistir em todas as partes do globo, regiões ou localidades.

Com essa nota introdutória, a presente obra vem coligir os estudos coletivos elaborados para a o IV CONGRESSO INTERNACIONAL DE ESTUDOS JURÍDICOS e o I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA EM DIREITO "Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações –"TTMMs": Desafios contemporâneos dos direitos humanos na ordem democrática global", eventos científicos realizados nos dias 18, 19 e 20 de abril de 2018, na cidade de Belo Horizonte, sob os auspícios do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Os agradáveis encontros de abril congregaram parceiros acadêmicos nacionais e internacionais que se engajaram em iniciativa inovadora e inclusiva de reflexão crítica no Direito e suas interfaces transdisciplinares.

As iniciativas aqui relatadas envolveram ações especialmente voltadas para disseminar a produção na área do Direito, evitando-se incorrer em quaisquer arbitrariedades formalistas que poderiam minar a relevância da dogmática como objeto de estudos no Direito ou vulgarizar o caráter laborativo que deve nortear a academia e as universidades brasileiras. Nesse sentido, em linha com os formatos de plenárias e sessões de discussão de trabalhos, os eventos destacaram a proposta de articular as dimensões políticas, regulatórias, sociais e normativas em torno dos movimentos gerados pelo eixo analítico "Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações – TTMMs", absolutamente inédito na América Latina.

A tarefa de coordenação acadêmica, tendo como plataforma inicial o tradicional e prestigiado Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, com doutorado mais antigo em funcionamento no Brasil (desde 1932), seria a de proporcionar esse espaço de reflexão, agora registrado em obra publicada pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Da mesma forma, a oportunidade criada pelos idealizadores veio a sediar a quarta edição do Congresso Internacional de Estudos Jurídicos, projeto acadêmico de iniciativa dos estimados colegas e professores Luciana Aboim e Lucas Gonçalves, da Universidade Federal do Sergipe - UFS, em continuidade à terceira edição do evento realizada em setembro de 2017, na cidade de Aracajú, Sergipe.

A centralidade do trabalho torna-se cada vez mais evidente nas sociedades de capitalismo central e periférico, haja vista os novos arquétipos que veem surgindo a partir da divisão internacional do trabalho, propiciado tanto pela intensa utilização das tecnologias digitais, bem como pelas migrações, muitas vezes provocadas pela nefasta prática do dumping social e ambiental.

Com o objetivo de proporcionar às leitoras e leitores o aprofundamento de temas contemporâneos no eixo investigativo “Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações – “TTMMs”, o livro permitirá apresentar os desafios a serem enfrentados na interface com os direitos humanos. Esperamos que os trabalhos aqui selecionados e sistematicamente organizados possam capitanear novas pesquisas temáticas e que respondam a demandas de investigação na academia, dentro da compreensão de dinâmicas e condicionantes que afetam e transformam a sociedade global no século XXI.

Belo Horizonte, outubro de 2018.

O TELETRABALHADOR NA REFORMA TRABALHISTA E A TENTATIVA DE SUPRESSÃO DO ADICIONAL DE HORA EXTRA SOB O PRETEXTO DA TECNOLOGIA

THE TELETRUPITATOR IN THE LABOR REFORM AND THE ATTACK OF SUPPRESSION OF THE EXTRA HOUR EXTRA UNDER THE PRETEXT OF TECHNOLOGY

Fernando Batistuzo Gurgel Martins [1]

Resumo

O legislador reformista da CLT, com o objetivo de "modernizar" as relações de trabalho, incorporou novos institutos jurídicos ao ordenamento laboral brasileiro, dentre outros a figura do teletrabalhador. Assim o definiu apoiando-se no uso da tecnologia e o inseriu no rol de empregados excluídos do regime de jornada de trabalho visando o não pagamento do adicional de hora extra. O presente estudo, desenvolvido com o método dedutivo e pesquisa legislativa e bibliográfica, propõe-se a verificar se o legislador alcançou ou não êxito, e, por outro lado, se o teletrabalhador possui ou não direito ao adicional de hora extra.

Palavras-chave: Lei trabalhista, Reforma legislativa, Teletrabalhador, Jornada de trabalho, Hora extra

Abstract/Resumen/Résumé

The reformist legislator of the CLT, with the objective of "modernizing" labor relations, incorporated new legal institutes into Brazilian labor law, among others the figure of the teleworker. Thus defined it by relying on the use of technology and inserted it into the list of employees excluded from the working day regime for the non-payment of extra overtime. The present study, developed with the deductive method and legislative and bibliographical research, proposes to verify whether the legislator has succeeded or not, and, on the other hand, whether or not the teleworker has the right to additional overtime.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Employment law, Legislative reform, Teleworker, Working day, Extra hour

[1] Professor de Direito do Trabalho no Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente e Mestre em Sistema Constitucional de Garantia dos Direitos pela ITE/Bauru

1 INTRODUÇÃO

Embora sujeita ainda a muitos e intensos debates doutrinários e jurisprudenciais, fatos são que a "reforma trabalhista" está posta e que, independentemente de posicionamento ideológico que se adote e a analisando criticamente, foi realizada em largo e manifesto benefício ao empregador.

Consequentemente a ambos os fatos, não obstante também esteja sujeita a julgamentos de ações diretas de inconstitucionalidade propostas contra si, desde o passado ano a "reforma" está vigente e norteando a adoção de estratégias empresariais sobre vários aspectos da relação empregatícia, dentre outros – tocantes à figura do teletrabalhador - o estabelecimento do local da execução dos serviços, da jornada de trabalho e da remuneração, as quais convirjam, sobretudo, à redução do custo operacional empresarial.

Constituindo-se a "reforma" num torniquete adotado pela classe empresarial para estancar a sangria da qual padecia legalmente e quando submetida à Justiça do Trabalho, vários foram os pontos que se tentou estancar (reformado) e, dentre estes, o objeto do presente estudo, o pagamento de adicional de hora extra ao teletrabalhador, motivo pelo qual no presente será analisado se neste ponto específico a "reforma" foi ou será eficaz para alcançar o objetivo empresarial de incremento do lucro, adotando-se para tanto o método dedutivo, especialmente para se desvelar se há diferença entre o trabalhador externo e o teletrabalhador, apoiado pela análise da legislação e doutrinária sobre o tema.

2 O AMBIENTE DE SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO DA REFORMA TRABALHISTA

Por possuir o presente estudo natureza científica e situar-se no âmbito jurídico, sabe-se não se tratar este espaço – em geral e circunstâncias normais - da seara competente para análises políticas, sobretudo partidárias sobre determinado objeto. No entanto, ao se comparar a reforma trabalhista a outras amplas recentes reformas do ordenamento jurídico brasileiro (p. ex. Código Civil/2002, Código de Processo Civil/2015), especialmente no que tange ao ambiente e momento nos quais surgiu a ideia a respeito e se concretizou, a conclusão é pela absoluta impossibilidade de se discorrer sobre o tema sem ao menos se tecer breves observações referentes aos seus contornos sócio-políticos e econômicos.

O Direito do Trabalho surgiu, foi teorizado e constituído como uma "reação humanista" (NASCIMENTO, 2013, p. 34) às deletérias condições de trabalho estabelecidas

pela Revolução Industrial, tendo se desenvolvido continuamente como ramo do Direito a partir do início do século XIX, carregando até a atual quadra histórica a marcante característica de tentativa de aprimoramento contínuo das condições de trabalho com o fito de conferir ao trabalhador o mínimo de dignidade.

Entretanto, em toda sua excursão histórica o Direito do Trabalho (e o trabalho em si) foi confrontado pela força do capital que naturalmente sempre visou o lucro, se possível cada vez mais elevado, embate que se mostrou mais acentuado a cada nova crise econômica mundial e, no particular, brasileira, travado pela classe empresarial com o discurso da necessidade de reformulação, flexibilização e, mais recentemente, modernização da legislação trabalhista, a qual – conforme se pode denotar de algumas manifestações – seria a grande vilã contra o desenvolvimento econômico e social.

Acertadamente reconhecendo em certos momentos a necessidade de mudança da legislação trabalhista, a sociedade democraticamente assentiu com modificações ao longo dos anos, o que se pode verificar das seguidas alterações da CLT desde o início de sua vigência em 1943, pelas quais, por exemplo, ou se mudou determinada condição de trabalho, ou se incluiu nova modalidade de contratação, sempre atendendo às necessidades de um setor econômico ou de um novo momento. Contudo, a transformação levada a cabo pela reforma trabalhista se operou em circunstâncias e amplitude completamente diversas das demais alterações.

Com relação ao contexto econômico, em meio a mais uma crise que se incrementava em 2014, no ano seguinte e em virtude do acelerado crescimento da taxa de desemprego[1], emergiu novamente o discurso de flexibilização trabalhista como forma de frear ou debelar o desemprego.

Politicamente, o cenário fértil à reforma trabalhista se formou juntamente com a crise financeira e o enfraquecimento do governo da ex-Presidenta Dilma Rousseff (com o início da ameaça de *impeachment*), então pressionada por ambos os lados da relação de trabalho, pela classe empresarial, a adotar "reformas" para superar a "crise", pela classe trabalhadora, para manter o modelo e direitos trabalhistas. Consumado o *impeachment* em agosto de 2016, a atual equipe de governo, premida pela necessidade de apoio para sua manutenção e implantação das medidas pretendidas, cede à pressão do empresariado que lhe condiciona a concessão de apoio político à realização de "reformas" para a correção de

[1] No período anterior (2014), economistas afirmam que o país havia alcançado o "pleno emprego", mas que a partir de 2015 o desemprego aumenta, tendo alcançado o número de 14 milhões de desempregados em 2017.

"disfuncionalidades"[2], momento em que a ideia de uma "reforma trabalhista" se fortalece, culminando na apresentação do projeto de lei n° 6.787 em dezembro do mesmo ano.

Quanto ao aspecto social é possível afirmar que ao se considerar a generalidade da sociedade brasileira, a reforma trabalhista quando foi aprovada, especialmente pela altíssima e incomum velocidade com a qual foi concluída[3], surpreendeu sua grande maioria e também a maior parte dos trabalhadores que ou mal sabiam de sua tramitação, ou ainda que tenham sabido mal conheciam seu conteúdo e extensão, visto que, por exemplo, a imprensa, quando a noticiava, limitava-se a divulgar, além de poucas, modificações de baixo impacto no modelo trabalhista brasileiro e nos direitos concretos do trabalhador, como a possibilidade de fracionar as férias em três períodos.

Esta perplexante situação de concomitantemente tramitar a reforma trabalhista e não haver conhecimento por parte dos trabalhadores (não seus representantes, mas o trabalhador "da ponta") sobre os pontos que seriam modificados, torna obrigatória uma futura análise relativa aos motivos do não esclarecimento sobre as alterações e consequente desconhecimento, pois a impressão que se formou é a de não ter havido resistência dos trabalhadores em razão da inocorrência de mobilização popular contra a reforma, postura em muito diversa da observada em outros países, nos quais os trabalhadores se mobilizam massivamente para a manutenção de seus direitos e condições de trabalho.

Reunidos todos estes fatores, o primeiro semestre de 2017 se mostrou propício à célere aprovação da reforma trabalhista que, diferentemente das modificações anteriores e pontuais, alterou mais de duzentos dispositivos da CLT, transformando profundamente, em determinados pontos, o modelo trabalhista brasileiro.

3 A JORNADA DE TRABALHO COMO UM DOS PRINCIPAIS "ALVOS" DA REFORMA

Vários são os institutos juslaborais assentados na CLT que foram atingidos e alterados pela reforma trabalhista com vistas à propalada "modernização trabalhista" e à redução do custo empresarial, todavia alguns mereceram uma "atenção" especial, tendo se tornados grandes "alvos" das modificações.

[2] Programa "Uma ponte para o futuro" – PMDB, 2015.
[3] 05 (cinco) meses se contados a partir da instauração da Comissão responsável (fev/17) até a promulgação da Lei. 13.467/17 (jul/17).

Em comum estes pontos são aqueles que administrativamente exigem do empregador – especialmente empresas – um cuidado, e por vezes investimento, maior, visto que o descumprimento das respectivas regras pode acarretar prejuízo financeiro caso a violação daquelas seja levado ao Judiciário trabalhista, razão pela qual o discurso pró-reforma fundou-se, dentre outros, nos argumentos da "inviabilidade e/ou total irrazoabilidade" (CASALI, 2012, p. 19) de cumprimento de certos dispositivos legais (tidos como excessivos nas exigências) e da insegurança jurídica, causada pela Justiça do Trabalho, que seria ocasionada por decisões díspares sobre um mesmo tema e pela constante alteração de sua jurisprudência que resultaria na formação de vultosos passivos trabalhistas empresariais, em decorrência da adoção por uma empresa de estratégia operacional baseada em posicionamento jurisprudencial anterior.

Assim, certamente um dos "alvos" da reforma foi o tema "jornada de trabalho", percepção que pode ser extraída da simples observação do sumário da publicação das "101 propostas para modernização trabalhista" – que em grande parte foram acolhidas pela reforma -, apresentada ao governo em 2012 pela Confederação Nacional das Indústrias-CNI, na qual constam dezessete propostas relacionadas àquele instituto[4].

Não é difícil compreender os motivos da atenção especial dedicada pela reforma trabalhista à jornada de trabalho, e por duas razões, uma ligada à sua relevância para o trabalho e o Direito do Trabalho, e outra de cunho pragmático, financeiro.

Quanto à primeira, consoante afirma Mauricio Godinho Delgado,

> (...) o tema da jornada ocupa (...) posição de nítido destaque no desenvolver da história do Direito do Trabalho (...)", tendo se constituído, juntamente com o salário, nos "(...) temas centrais e mais polarizantes brandidos ao longo das lutas trabalhistas que conduziram à construção e desenvolvimento desse ramo especializado do Direito. (2017, p. 973)

No mesmo sentido - da importância do instituto da "jornada de trabalho" para o Direito do Trabalho -, consigna-se a posição de Sergio Pinto Martins, para quem este tema possui também natureza pública por ser "(...) interesse do Estado limitar a jornada de trabalho, de modo que o trabalhador possa descansar e não venha prestar serviços em jornadas extensas." (2018, p. 784).

Diante destas colocações e dos extensos dezoito artigos (com inúmeros sub-dispositivos) celetistas regulamentadores da "duração do trabalho", passa-se até se considerar como natural o tratamento dispensado ao tema da jornada de trabalho, pois se ocupa tamanho

[4] Dentre outros, por exemplo: intervalo intrajornada para repouso, compensação de jornada, jornada 12 x 36, banco de horas, turno ininterrupto de revezamento.

espaço no Direito do Trabalho e possui central relevância, afeta diretamente o cotidiano empresarial.

Conquanto se destaque esta primeira razão – ocupação central do tema no Direito do Trabalho – para o instituto da jornada de trabalho ter merecido trato especial da reforma, acredita-se que a segunda (pragmática) tenha tido peso maior na tomada de decisão sobre quais os pontos seriam reformados, por se referir o tema diretamente ao aspecto financeiro empresarial, em particular ao pagamento, espontâneo (cumprimento da norma) ou via condenação judicial, do adicional de hora extra.

Neste ritmo, e objetivando estritamente a redução de custos, é notório que determinadas (a generalização é sempre incabível) empresas frequentemente violam as respectivas regras atinentes ao tema, como não pagando adicional de horas extras, pagando, mas em valor inferior ao devido, pagando, mas "por fora" ("extra-folha"), não a formalizando corretamente, constituindo-se em situações que, como não poderia ser diferente, acarretam em reiteradas derrotas em reclamações trabalhistas e pagamento de grandes quantias em dinheiro aos trabalhadores.

Demonstrando a relação direta existente entre jornada de trabalho e custo remuneratório, afirma-se não haver "(...) regra jurídica ampliadora ou redutora da jornada que não tenha influência automática no montante salarial relativo devido ao empregado." (DELGADO, 2017, p. 974).

Deste modo, a reforma trabalhista se ocupou em tentar "estancar" todos os pontos "de sangria" atinentes ao tema "jornada de trabalho", dentre estes as perdas financeiras sofridas por condenação a pagamento de adicional de hora extra aos teletrabalhadores, tendo sido adotado como "torniquete" a ampliação do rol dos empregados excluídos do regime de jornada de trabalho com a inserção do teletrabalhador (art. 62, III, CLT).

3.1 Dos Excepcionais Motivos a Ensejarem a Exclusão do Regime de Jornada de Trabalho

Axiologicamente o Direito do Trabalho tutela constitucional e infraconstitucionalmente, além de outros, os valores da saúde e integridade física e psíquica do trabalhador, de modo a este não sucumbir ao trabalho, e o protege por meio de inúmeros mecanismos jurídico-legais, dentre os quais a previsão de limitação da jornada de trabalho.

Historicamente, e a partir de seu surgimento no início do século XIX, o Direito do Trabalho teve inicialmente como foco de regulamentação a questão sanitária do ambiente de

trabalho (“direito industrial”) e a saúde do trabalhador, originariamente tutelada já àquela época com a gradativa redução e limitação da jornada laboral, por se entender desde então que extensas horas de labor poderiam levar ao desgaste físico.

Passados vários anos, por volta da década de 1970, aliou-se à noção do desgaste físico a de direito do ser humano ao lazer, pois começou-se a considerar o problema de conciliação entre a vida pessoal e a do trabalho que, no entanto e de modo geral, somente seria positivada na última década do século passado (ZANGRANDO, 2013, p. 410), período em relação ao qual, pouco antes, a Constituição Federal alçou o lazer ao *status* de direito fundamental social, prevendo-o em seu artigo 6°.

Destarte, a limitação da jornada de trabalho atua como medida de proteção ao trabalhador, podendo ser atenuada ou até mesmo suprimida tão somente em casos excepcionais, como os previstos no artigo 62 da CLT.

O capítulo II da CLT trata da “duração do trabalho” e se inicia com o artigo 57 que prevê expressamente a não aplicação do regime de jornada a determinadas atividades, mencionadas no citado artigo 62, bem como as dos bancários (art. 224, §2°), ferroviários (art. 243) e jornalistas (art. 306 e parágrafo único), todos da CLT, possuidores entre si de pontos em comum.

Motivam a excepcional não limitação da jornada de trabalho destas atividades dois principais fatores, a incapacidade, por parte do empregador, de se cientificar se e quanto seu empregado trabalhou, e a liberdade de atuação profissional diária por parte de determinados trabalhadores.

Em relação ao primeiro fator, este vem descrito no inciso I do artigo 62 da CLT, ao tratar dos empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação do horário de trabalho, excepcionando-os do regime de duração de jornada por se encontrarem efetivamente fora do alcance do empregador (SILVA, 2013, p. 104), não se submetendo a “(...) qualquer controle ou fiscalização, não havendo meta a ser cumprida ou visitações predeterminadas. Podem realizar as tarefas como melhor convier, nos horários e dias de seu interesse ou necessidade” (CASSAR, 2014, p. 671).

Por sua vez, o segundo fator foi positivado já em 1919 na primeira Convenção da Organização Internacional do Trabalho – OIT, em seu artigo 2°, alínea *a,* e em nossa CLT no inciso II do artigo 62, ao tratar do empregado que exerce cargos de gestão e confiança, por se entender que “(...) em razão da importância e responsabilidade do cargo, o empregado não está sujeito a qualquer controle de horário, tanto podendo trabalhar dez horas em um dia como cinco horas em outro.” (ABUD, 2008, p. 63).

Portanto, a se considerar a universalidade de atividades profissionais e empregatícias existentes, o fato de basicamente apenas duas não se submeterem ao regime, à limitação da jornada de trabalho, demonstra quão relevante é a proteção do trabalhador neste aspecto e, mais ainda, quão extraordinários são os casos de exceção, aos quais com a reforma mais um foi acrescentado, o do teletrabalhador, que adiante será analisado a fim de verificar se se enquadra ou não na extraordinariedade.

4 LEGISLAÇÃO, "DESLOCALIZAÇÃO" E DEFINIÇÃO DO TELETRABALHO

Positivadamente o teletrabalhador surgiu no ordenamento jurídico laboral brasileiro com a Lei n° 13.467/17, instituidora da reforma trabalhista, a qual em muito alterou a CLT que teve dispositivos excluídos, alterados e acrescidos, sendo que neste último caso por vezes com pretensão à inovação, ao ineditismo, como se determinado instituto somente a partir de então seria reconhecido no âmbito jurídico, impressão em relação a qual já se pode afirmar que não se concretiza, especial e justamente quanto ao teletrabalhador.

A afirmativa anterior procede, pois a figura do teletrabalhador no "mundo do trabalho" existe há muito tempo, principalmente se considerada a etimologia da palavra, de "trabalhador à distância", condição na qual podem ser inseridas as atividades realizadas no domicílio do trabalhador, em "centros satélites fora do estabelecimento patronal", e as executadas em movimento (BARROS, 2012, p. 460).

Seja qual for o modo de execução da atividade do teletrabalhador, fato é que o trabalho à distância (remoto) é fruto da pós-modernidade (para alguns na década de 1930, para outros, na de 1950), caracterizada pela globalização econômica, pluricentralidade, fragmentação e desreferencialização da sociedade, nesta incluída o trabalho (FELICIANO, 2013, p. 72).

Referidas características – associadas à ideia de que "o capital não tem vínculos culturais ou geográficos – refletem na "condição de mobilidade espacial do trabalhador" outrora limitada a barreiras geográficas, culturais e legais, pois a "velocidade dos meios telemáticos e a globalização econômica permitem **dispensar a presença física do trabalhador**", fenômeno denominado como "deslocalização do trabalho" (MELHADO, 2006, p. 60-67 apud FELICIANO, 2013, p. 74, grifo nosso) ou "desterritorialização das relações de trabalho", pelo qual se obtém "(...) trabalho mais ou menos subordinado nas distâncias mais abissais e nos mais diversos e inusitados pontos do planeta." (POCHMANN, 2006, p. 65 apud FELICIANO, 2013, p. 74), especialmente por meio da tecnologia.

As reflexões supramencionadas embasam a afirmação de que muito embora a figura do teletrabalhador tenha sido positivada com a reforma trabalhista em 2017, o modo de trabalho à distância está previsto na CLT desde 2011 quando foi modificado o artigo 6°, justamente para contemplar a atividade laboral exercida à distância do empregador e por meio da tecnologia, confirmando, ademais, a explanação inicial do presente estudo de que a norma celetista desde sua origem foi sendo pontualmente modificada para atender às demandas dos "novos tempos", arrostando-se as alegações sobre seu "engessamento" e defasagem.

É certo que o artigo 6° não definiu o teletrabalhador como o fez a "reforma trabalhista", porém nem por isso se pode afirmar ser esta figura inédita no ordenamento jurídico laboral pátrio, uma vez que seu *caput* prevê expressamente o trabalho "realizado à distância" e seu parágrafo único os "meios telemáticos e informatizados de comando" que obviamente se referem também ao teletrabalhador.

4.1 Definição de Teletrabalho e suas "Elementares"

Doutrinária e legalmente (sentido amplo) as definições de teletrabalho se diferenciam.

Em geral na doutrina, para defini-lo, prevalece o aspecto espacial da execução das atividades no teletrabalho, conceituado, por exemplo, como o "(...) gênero que comporta qualquer espécie de serviço realizado à distância (...) fora do ambiente físico do tomador de serviços (...)" (BRAGHINI, 2017, p. 87), apontando a diferença deste para o trabalhador que presta o serviço "no estabelecimento do empregador" (art. 6°, *caput*, CLT), pois enquanto este se encontra sob a supervisão direta e imediata do empregador, aquele se situa fora desta supervisão.

De outro lado, a definição celetista do artigo 75-B, além de contar com o aspecto espacial – "serviços preponderantemente fora das dependências do empregador" – traz como "elementar" o aspecto tecnológico – "utilização de tecnologias de informação e de comunicação", com o objetivo de diferenciar o teletrabalho do "trabalho externo", este último em relação ao qual, com essa novel redação, tenta-se considerá-lo outra modalidade, outra espécie de trabalho, e não mais como a doutrina por vezes indica, um gênero. Pela nova redação a intenção é a de que se o trabalhador utiliza tecnologia, específica de informação e comunicação, é teletrabalhador; se não utiliza tecnologia, ou a utiliza, mas não é de informação e comunicação, é trabalhador externo ("que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo" – parte final do *caput* do art. 75-B).

Por conter dois elementos principais a definirem o teletrabalhador, chama atenção a razão pela qual o legislador reformista especificou o tipo de tecnologia adotada pelo trabalhador, elegendo-a como a da informação e comunicação, razão a qual pode ser constatada pela leitura do parecer do Deputado Rogério Marinho a respeito do substitutivo (ao PL 6.787/16), lavrado em 12/04/17, no qual explana:

> Um dos aspectos importantes considerados na análise da matéria em tela são as mudanças relacionadas às novas formas de contratação surgidas ao longo dos anos. Com efeito, hoje temos realidades que nem mesmo se sonhava existir quando da edição da CLT, ainda nos anos de 1940.
> As relações de trabalho atuais exigem uma necessidade imperiosa de otimizar tempo e economizar recursos, fruto de uma intensa **inovação tecnológica** que tem impactos relevantes sobre o mercado de trabalho.
> (...) **Em uma tentativa de colocar o nosso País entre as nações mais modernas do mundo**, **estamos propondo a regulamentação de alguns desses "novos" modelos de contratação**, os quais, diga - se, já deveriam estar sendo adotados há muito. Nesse contexto, **estamos propondo a incorporação de regras sobre o teletrabalho na CLT**. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mais de quatro milhões de brasileiros já trabalham em casa, a absoluta maioria deles na condição de autônomos ou de profissionais liberais.
> (...) Há que se considerar que o desenvolvimento tecnológico atual permite a realização de tarefas independentemente de onde o trabalhador esteja, diante da alta conectividade e dos recursos que permitem o acesso remoto e seguro aos dados empresariais, sendo possível o envio de e-mails, o acesso de arquivos que se encontrem na empresa, a realização de reuniões por teleconferência, ou seja, instrumentos suficientes para que o trabalho seja realizado sem quaisquer comprometimentos.
> (...) **o que se objetiva com a inclusão do teletrabalho em nosso Substitutivo é estabelecer garantias mínimas para que as empresas possam contratar sob esse regime sem o risco de a Inspeção do Trabalho autuá-las ou a Justiça do Trabalho condená-las por descumprimento das normas trabalhistas**, ao mesmo tempo em que se garante ao empregado a percepção de todos os direitos que lhes são devidos.
> (...) Na elaboração do Substitutivo, **o primeiro cuidado foi o de 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.** Em seguida, incorporamos o Capítulo II- A ao Título II para tratar, especificamente, do teletrabalho, conceituando-o e definindo os direitos e obrigações dos empregados e dos empregadores nesse regime de
> trabalho. (grifo nosso)

Como se pode observar pelos grifos, especialmente do último parágrafo, a razão, a intenção de especificar o tipo de tecnologia a ser adotada pelo trabalhador foi a de – partindo-se da premissa de liberdade do trabalhador - embasar ("primeiro cuidado") a inclusão deste no rol do artigo 62 da CLT, excluindo-o da abrangência do regime de duração do trabalho, pois deste modo estar-se-ia garantindo minimamente às empresas a ausência de riscos de autuações em inspeções do trabalho e de condenações na Justiça do Trabalho, isto é, como aponta o título do presente, tratou-se de uma clara tentativa de excluir do teletrabalhador um possível direito (adicional de hora extra) quando verificado no caso em concreto.

Por outro lado, o do trabalhador, percebe-se a generalidade e abstração da intenção do legislador ao afirmar que "se garante ao empregado a percepção de todos os direitos que lhes são devidos". Além de genérica a preocupação com a tutela dos interesses do trabalhador, a afirmação induz ao erro, uma vez que logo no parágrafo seguinte se reconhece a supressão do direito ao regime de jornada por parte do teletrabalhador ao inclui-lo no artigo 62 da CLT.

5 DO DIREITO DO TRABALHADOR AO ADICIONAL DE HORA EXTRA

Como indica o título do presente, a inclusão dos "empregados em regime de teletrabalho" no rol do artigo 62 da CLT tratou-se de mera tentativa de excluir-lhes, quando for o caso – em concreto – o direito ao adicional de hora extra.

Isto porque, a despeito da intenção do legislador e de quem patrocinou a reforma trabalhista, no Direito do Trabalho não é a lei exclusivamente quem determina a natureza jurídica de determinado instituto, pois rege e norteia este ramo do Direito o específico princípio da primazia da realidade, segundo o qual a realidade prevalece sobre a forma.

Reforçando este entendimento de não caber ao legislador exclusivamente a definição de algum instituto jurídico e sua natureza, Homero Batista Mateus da Silva, ao comentar a Lei n° 13.467/17, por diversas vezes destaca a impropriedade do legislador com tal tentativa. Ao tratar da supressão da jornada *in itinere*, afirma que "(...) o conceito de jornada é ditado pela lógica e pela essência do direito do trabalho e não pelo legislador.". Ao comentar sobre o intervalo intrajornada aduz que "(...) não é o legislador (...) que define as noções de tempo e espaço. Se a reforma trabalhista disser que nove é igual a oito, isso não transforma a jornada de nove horas em jornada de oito horas.". Ainda sobre o mesmo instituto, no tocante à supressão da natureza salarial do pagamento do adiciona de hora extra, ressalta que "(...) A natureza jurídica de uma parcela não depende da lei ou da vontade das partes, mas da essência do instituto.". Por fim nesta exemplificação, ao abordar justamente o teletrabalhador assevera o mesmo autor que

> Rótulos nunca foram relevantes para o direito do trabalho. Simples nomenclatura utilizada representa aspecto secundário em quase todas as análises trabalhistas. O fato de o empregador inserir no contrato escrito a expressão "teletrabalho" e evocar a disciplina canhestra dos arts. 75-A a 75-E não o autoriza a cassar as horas extras, o adicional noturno e demais elementos componentes do capítulo da duração normal da jornada (2017, passim).

Deste modo, ainda que a nova previsão celetista do teletrabalhador destaque o uso da tecnologia de informação e comunicação – adotando-a como pretexto - e o insira em meio àqueles não abrangidos pelo regime de jornada, continuará prevalecendo para a aplicação do Direito do Trabalho o caso concreto, a realidade.

E neste ponto, curiosamente, o reproduzido parecer enseja a afirmação anterior de prevalecer a realidade, vez que ao enaltecer a utilização da tecnologia de acesso remoto (antepenúltimo parágrafo) arrola inúmeras situações que ao contrário do que o legislador pressupôs – liberdade – pode sobrecarregar o trabalhador em virtude da impossibilidade de "desconexão" do trabalho, compreendida como o "(...) direito de, pelo menos durante um determinado período, ter o trabalhador a capacidade de desligar-se do trabalho, deixando de lado as aflições impostas pelo inquietante mundo do trabalho moderno." (ZANGRANDO, 2013, p. 417).

O legislador reformista parte do pressuposto de que apoiado na tecnologia, o trabalhador tem uma total liberdade de atuação, trabalhando quando desejar. No entanto, para agravar o equívoco da premissa, imagina também – ou a desconsidera por completo - que a liberdade é exercida independentemente do volume de atividades a serem realizadas e, sobretudo, entregues, prestadas ao empregador.

A adoção do teletrabalho pelas empresas como forma de não aplicação do regime de jornada e redução de custos vem sendo estudada de há muito pela sociologia do trabalho que analisa, dentre outros incontáveis aspectos do "mundo do trabalho", os impactos das transformações e inovações tecnológicas nas relações laborais, sendo que neste âmbito um dos objetos de estudo tem sido a relação entre o trabalho e o não trabalho (tempo livre). Sob esta análise, aponta-se que a redução da jornada de trabalho tem sido das mais relevantes reivindicações sociais com vistas a não somente evitar o desgaste do trabalhador e aumentar o nível de emprego, mas também propiciar ao indivíduo mais tempo livre (*otium*).

Porém, destacam os aludidos estudos que as reivindicações pelo trabalho em tempo reduzido e ampliação do "tempo fora do trabalho" (trabalho livre) devem estar articuladas "(...) à luta contra o sistema de metabolismo social do capital que converte o 'tempo livre' em tempo de consumo para *o capital*, em que o indivíduo é impelido a 'capacitar-se' para melhor 'competir' no mercado de trabalho (...)" (ANTUNES, 2015, p. 136).

Neste rumo de ideias, o fato de ou se reduzir a jornada de trabalho ou de se permitir o teletrabalho sob a justificativa de que com o uso da tecnologia o trabalhador pode trabalhar conforme lhe convier, obtendo assim mais tempo livre para si, pode se constituir em completa ilusão por não alcançar, como diz o autor, "tempo verdadeiramente livre e autônomo fora do

trabalho", a ponto de se classificar esta situação como "escravidão digitalizada" (ANTUNES, 2015).

Ilustrando o comportamento do teletrabalhador e os riscos de ocupação em tempo integral, observa-se que

> A política empresarial voltada à obtenção de grandes resultados em curtos espaços de tempo faz com que, **mesmo sem o comando direto para que o trabalhador realize horas extras, a jornada extraordinária torne-se rotina**. Afinal, a "comodidade" proporcionada pelos aparelhos tecnológicos é tamanha que o indivíduo, carregando o *laptop* para onde quer que esteja, concilia o trabalho com todas as suas outras atividades diárias – domésticas ou não – carregando consigo apenas a ilusão de que a sua jornada é ele próprio quem determina. (RIBEIRO, 2016).

E é justamente este – volume de trabalho a ser prestado – aspecto que, ainda que analisado isoladamente num caso concreto, pode ensejar a condenação do empregador ao pagamento do adicional de hora extra.

Isto porque é comum quando da análise do teletrabalhador e da possibilidade de verificação de seu trabalho e de sua jornada, recorrer-se – e validamente – ao parágrafo único do artigo 6° da CLT, já comentado no presente. Com efeito, o fato de a reforma trabalhista não ter minimante alcançado aquele artigo acarretou para o sistema jurídico celetista uma antinomia que, a depender do caso concreto, pode ser solucionada em benefício do empregado, pois a própria norma (CLT) prevê que sim, que o trabalhador à distância pode ter sua atividade (na qual se inclui a jornada de trabalho) supervisionada por meios informatizados e telemáticos de controle, o que se torna fácil quando da utilização de computadores, *internet* e acesso remoto com códigos e senhas de acesso que registram fielmente o momento de início e fim da jornada de trabalho.

Diz-se "validamente" recorrer-se ao parágrafo único do artigo 6° da CLT, pois como mencionado alhures no presente, a atualização deste artigo ocorreu para se atender às atualidades das relações trabalhistas, especialmente em virtude da "(...) introdução de certos meios tecnológicos no âmbito laboral, v. g. *internet*, correio eletrônico, videocâmeras, telefonia fixa e móvel (...) fez crescer a potestade fiscalizadora e controladora do empregador, repercutindo na vida privada do trabalhador (...)", tendo-se como exemplo de "controle à distância" o teletrabalho (RIBEIRO, 2008, p. 79).

Após discorrer sobre a monitoração audiovisual e telefônica, esta última autora citada se debruça sobre a "monitoração telemática" afirmando inicialmente que a "A telemática é estrela de primeira grandeza da revolução tecnológica entre os demais meios de

monitoração eletrônica.", e que se constitui da fusão entre "telecomunicação" e "informática" (esta no sentido de computação e transformação de informações por meios eletrônicos), isto é, "(...) a telemática é a mesma informática quando se compõe de mais unidades de trabalho (*personal computer*), chamadas também de *work-station* (...)" (RIBEIRO, 2008, p. 78-79).

Logo, não há dúvidas de que o teletrabalhador pode sim ser monitorado à distância por seu empregador, e por várias formas, sobretudo pela necessidade de contato entre as partes para que o serviço seja adequadamente prestado e conforme exigido por seu tomador.

Contudo, ainda que por acaso (assim se diz justamente por se caracterizar pela tecnologia da informação e comunicação) o teletrabalhador não seja monitorado por qualquer meio telemático poderá ter direito ao adicional de hora extra se, no caso concreto, comprovar que somente poderia cumprir as ordens e entregar o volume de serviço exigido pelo empregador caso laborasse por mais tempo que uma jornada padrão de trabalho, caracterizando a hora extra.

O acesso a este direito, muito embora não explicitado na redação do inciso III do artigo 62 que incluiu o teletrabalhador na exclusão do regime de jornada, encontra-se no próprio artigo na redação de seu inciso I, especificamente no vocábulo "incompatível".

A despeito de esta elementar estar prevista para a modalidade do empregado que exerce atividade externa – do qual o legislador celetista tentou afastar o teletrabalhador com a redação do artigo 75-B – pode ser aplicada em favor deste por analogia, pois não atingiu o legislador reformista o êxito de desvencilhar a figura do empregado externo da do teletrabalhador.

Não se submetendo à supervisão direta e imediata do empregador, o que resta claro com o advérbio "preponderantemente" e com o parágrafo único do artigo 75-B, o teletrabalhador é sim também empregado que exerce atividade externa que, dependendo do caso concreto, pode ser prestada de modo compatível com a fixação da jornada, ou, pelo menos, com possibilidade de mensuração, por parte do empregador, de quantas horas o empregado teletrabalhador prestou serviços.

Por "incompatível" se compreende a

> (...) impossibilidade física de se ter acesso à carga de trabalho desenvolvida pelo empregado, seja pelas distâncias remotas que o separam do empregador, seja pela **natureza dinâmica de sua atividade. Mero desinteresse do empregador em investigar a jornada de trabalho do empregado não serve para configurar a incompatibilidade.** (SILVA, 2013, p. 104, grifo nosso)

Com esta lição se volta à explanação de que a dinâmica atribulada das atividades do teletrabalhador pode acarretar em jornada extraordinária, sendo que este modo de atuação pode ser captado pelo empregador e ter sua duração aferida para efeitos de reconhecimento do total da jornada e pagamento do adicional de hora extra.

CONCLUSÃO

Não obstante o legislador reformista tenha despendido grande esforço para tentar isentar o empregador do teletrabalhador do eventual pagamento de adicional de hora extra, esforço traduzido na criação de inúmeros novos dispositivos relacionados àquela figura, referida conduta acabou por constituir-se em mera tentativa de exclusão de direito, visto que a questão sempre será decidida deslocando-se a análise do direito material para o direito processual, especificamente para o campo da prova e seu ônus.

Portanto, pode, sim, o teletrabalhador possuir direito ao adicional de hora extra, quando comprovada a prestação de labor superior a uma jornada padrão de trabalho.

REFERÊNCIAS

ABUD, Cláudia José. *Jornada de Trabalho e a Compensação de Horários.* São Paulo: Atlas, 2008.

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho.* 16 ed. São Paulo: Cortez Editora, 2015.

_____. *Liberdade laboral aparente*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/me2208201008.htm>. Acesso em 02 mar. 2018

BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e Regulamentações Especiais de Trabalho.* 5 ed. São Paulo: LTr, p. 2012.

BRAGHINI, Marcelo. *Reforma Trabalhista: flexibilização das normas sociais do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

CASALI, Emerson. *101 propostas para modernização trabalhista.* Brasília: CNI, 2012.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho.* 9 ed. São Paulo: Método, p. 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* 16 ed. São Paulo: LTr, 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho.* 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho.* 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho. *A monitoração audiovisual e eletrônica no ambiente de trabalho e seu valor probante*. São Paulo: LTr, 2008.

RIBEIRO, Ailana Santos. Teletrabalho: ócio criativo ou escravização digitalizada? *Âmbito jurídico*. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17474&revista_caderno=25. Acesso em: 03 mar. 2018.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado.* V. 2. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

_____. *Comentários à reforma trabalhista*: *análise da Lei 13.467/17 – artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ZANGRANDO, Carlos. *Princípios jurídicos do Direito do Trabalho.* 2 ed. São Paulo: LTr, 2013.